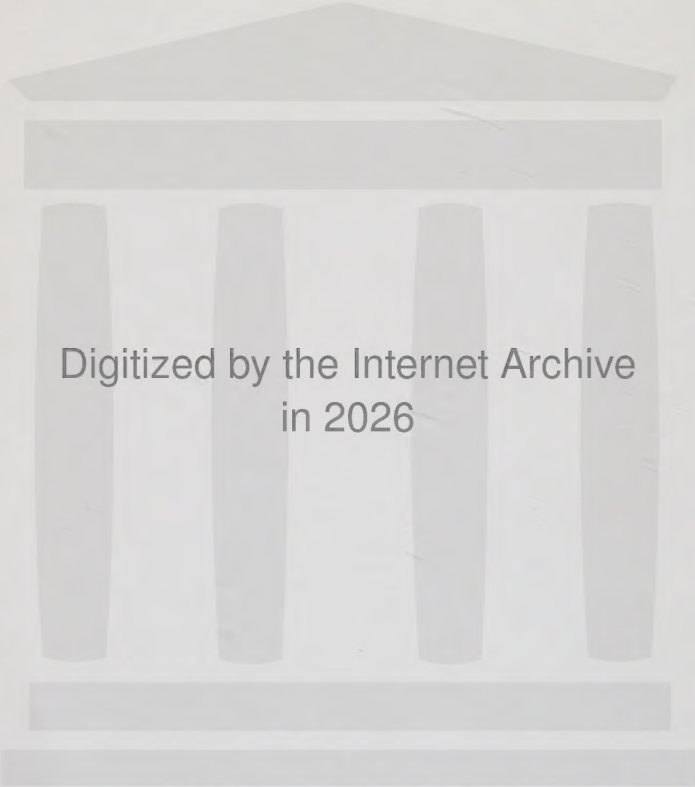


**DIE ANALOGE ANWENDUNG ZIVILPROZESSUALER
VORSCHRIFTEN IM VERFAHREN NACH §§ 43 FF
WOHNUNGSEIGENTUMSGESETZ**

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Hans-Ulrich Sauerland
Assessor
aus Durmersheim/Rastatt

Tag der mündlichen Prüfung: 13.2.1979
Dekan: Professor Dr. Karl Kroeschell
Referent: Professor Dr. Peter Arens
Korreferent: Professor Dr. Elmar Bund



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE ANALOGE ANWENDUNG ZIVILPROZESSUALER
VORSCHRIFTEN IM VERFAHREN NACH §§ 43 FF
WOHNUNGSEIGENTUMSGESETZ

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Hans-Ulrich Sauerland
Assessor
aus Durmersheim/Rastatt

Tag der mündlichen Prüfung: 13.2.1979

Dekan: Professor Dr. Karl Kroeschell

Referent: Professor Dr. Peter Arens

Korreferent: Professor Dr. Elmar Bund

Verfahrensanweisung

Einleitung

1. Zweck und Zielsetzung des Verfahrens 1. 1

2. Geltungsbereich des Verfahrens 2. 1

3. Begriffe und Abkürzungen 3. 1

Meiner Frau und meinen Eltern

4. Beschreibung des Verfahrens 4. 1

5. Verantwortlichkeiten 5. 1

6. Dokumentation 6. 1

7. Revisionen und Verbesserungen 7. 1

8. Sonstige Informationen 8. 1

9. Anhang 9. 1

Inhaltsverzeichnis

<u>Einleitung</u>	S. 1
<u>Erster Teil:</u> Rechtliche Qualifizierung des Ver- fahrens in Wohnungseigentumssachen	S. 5
I. Notwendigkeit ergänzender Ver- fahrensnormen	S. 5
II. Begriff der freiwilligen Gerichts- barkeit	S. 8
III. Wohnungseigentumssachen als echte privatrechtliche Streitverfahren	S. 11
1. Der Streitstand	S. 11
2. Eigene Ansicht	S. 13
a) Gestaltende und streitentschei- dende Funktion des Richters	S. 13
b) § 43 Abs.1 Ziff.3 und 4 WEG als echte privatrechtliche Streit- verfahren	S. 16
IV. Prozeßmaximen im Zivilprozeß und in Wohnungseigentumssachen	S. 28

<u>Zweiter Teil:</u>	Analoge Anwendung zivilprozessualer Vorschriften in Wohnungseigentumssachen	S. 33
I.	Analoge Anwendung zivilprozessualer Vorschriften im Hinblick auf die Dispositionsmaxime	S. 36
1.	Antrag analog § 253 ZPO	S. 36
	a) Form des Antrags	S. 36
	b) Notwendiger Inhalt	S. 37
2.	Richterliche Hinweispflicht analog § 139 ZPO	S. 42
3.	Rechtsschutzbedürfnis	S. 44
4.	Bindung des Gerichts an den Antrag analog § 308 ZPO	S. 46
5.	Objektive Antragshäufung analog § 260 ZPO	S. 54
6.	Antragsänderung analog §§ 263, 264 ZPO	S. 56
7.	Antragsrücknahme analog § 269 ZPO	S. 59
	a) Zustimmungserfordernis	S. 59
	b) Zeitpunkt der Rücknahme	S. 62
	c) Kosten	S. 62

8.	Verzicht analog § 306 ZPO	S. 64
9.	Anerkenntnis analog § 307 Abs.1 ZPO	S. 70
10.	Vergleich	S. 71
11.	Erledigung der Hauptsache	S. 72
	a) Bindung des Gerichts an eine beiderseitige Erledigungser- klärung der Beteiligten	S. 73
	b) Feststellung der Erledigung durch das Gericht ohne Antrag der Beteiligten	S. 76
	c) Einseitige Erledigungser- klärung des Antragstellers	S. 77
	d) Kostenentscheidung	S. 78
12.	Gegenantrag analog § 33 ZPO	S. 79
13.	Aufrechnung analog § 322 Abs.2 ZPO	S. 81
14.	Schiedsvertrag analog § 1025 ZPO	S. 83
15.	Zuständigkeitsvereinbarungen analog §§ 38 - 40 ZPO	S. 84
16.	Ruhen des Verfahrens analog § 251 ZPO	S. 85
17.	Verlust des Rügerechts analog § 295 ZPO	S. 86
	<u>Zusammenfassung</u>	S. 88

II.	Analoge Anwendung zivilprozessualer Vorschriften im Hinblick auf die Untersuchungsmaxime	S. 90
1.	Grenzen der Untersuchungsmaxime in Wohnungseigentums- sachen	S. 90
	a) Undurchführbarkeit einer reinen Untersuchungsmaxime	S. 90
	b) Verhältnis von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verfahrensrecht	S. 91
	c) Eingeschränkte Untersuchungs- maxime in Wohnungseigentums- sachen	S. 94
2.	Subjektive Beweislast analog § 282 Abs.1 ZPO	S.106
3.	Richterliche Hinweispflicht analog § 139 ZPO	S.114
4.	Vollständigkeits- und Wahrheits- pflicht analog § 138 Abs.1 ZPO	S.117
	a) Wahrheitspflicht	S.117
	b) Vollständigkeitspflicht	S.120
5.	Geständnis analog § 288 ZPO	S.122

6.	Nichtbestreiten analog § 138 Abs.3 ZPO	S.129
7.	Versäumnisverfahren gegen den Antragsteller analog § 330 ZPO	S.132
8.	Versäumnisverfahren gegen den Antragsgegner analog § 331 ZPO	S.139
	<u>Zusammenfassung</u>	S.142
	III. Ergebnisse der Arbeit	S.143

Schrifttumsverzeichnis

Arens:

Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß,
Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1968

Arens:

Verjährungsunterbrechung und bestimmter Klagantrag,
JuS 1964, 395 ff

Arens:

Besprechung von Wolf : Das Anerkenntnis im Prozeßrecht,
ZZP 83, 356 ff

Bachof:

Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in
der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
Band II, Tübingen 1967

Bärmann:

Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, 1.Auflage, München-
Berlin 1958; 3.Auflage, München 1975

Bärmann:

Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin-
Heidelberg-New York 1968

Bärmann:

" Echtes Streitverfahren " in der freiwilligen
Gerichtsbarkeit, AcP 154, 373 ff

Barnstedt:

Die Anwendung von Vorschriften des Zivilprozeßrechts
in Verfahren in Landwirtschaftssachen, RdL 59, 118 ff
u. 144 ff

Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann:

Zivilprozeßordnung, 37.Auflage, München 1979

Baumgärtel:

Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Streitsachen, ZZP 73, 387 ff

Baur:

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1.Buch, Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955

Baur:

Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang, Festschrift für v.Hippel, S.1 ff, Tübingen, 1967

Baur:

Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz, in: Rechtsschutz im Sozialrecht, S.35 ff, Köln-Berlin-Bonn-München 1965

Baur:

Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, in: Summum ius, summa iniuria, Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät, S.97 ff, Tübingen 1963

Bassenge:

FGG, Kommentar, Karlsruhe 1973

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, Bonn 1961

Bernhardt:

Das Zivilprozeßrecht, 3.Auflage, Berlin 1968

Bernhardt:

Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß,
JZ 1963, 245 ff

Blomeyer:

Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-
Göttingen-Heidelberg 1963

Bötticher:

Regelungsstreitigkeiten, in: Festschrift für Lent,
S.89 ff, München und Berlin 1957

Bomsdorf:

Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin 1971

de Boor:

Zur Lehre vom Schiedsspruch in der freiwilligen
Gerichtsbarkeit, Judicium I, S.261 ff

Brüggemann:

Judex statutor und judex investigator, Untersuchungen
zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteifreiheit
im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß, Bielefeld 1968

Bumiller-Winkler:

Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, München 1974

Demharter:

Bundesratsinitiative zur Änderung des Wohnungseigen-
tumsgesetz, Rpfleger 1977, 41 ff

Diester:

Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, Köln 1952

Diester:

Das heutige Raumeigentum, NJW 1970, 1107 ff

Diester:

Zwanzig Jahre Wohneigentum, NJW 1971, 1153 ff

Diester:

Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v.14.7.65 - 2 Z 316/64 -,
Rpfleger 1965, 334

Eyermann-Fröhler:

Verwaltungsgerichtsordnung, 6.Auflage, München 1974

Fenn:

Anmerkung zum Beschluß des BGH v.18.10.62 - V BLw 20/62 -,
ZZP 77, 305

Gönner:

Handbuch des deutschen, gemeinen Prozesses in einer
ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände,
2.Auflage, Band I, Erlangen 1804

Göppinger:

Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache,
Stuttgart 1958

Grunsky:

Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Auflage, Bielefeld 1974

Grunsky:

Anmerkung zum Beschluß des KG v.23.3.73 - 1 W 1672/72 -,
ZZP 86, 441

Habscheid:

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6.Auflage, München 1977

Habscheid:

Der Streitgegenstand im Zivilprozeßrecht und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956

Habscheid:

Besprechung von Brüggemann: Judex statutor und judex investigator, ZZP 84, 225 ff

Habscheid:

Grundfragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1957, 164 ff

Habscheid:

Anmerkung zum Beschluß des OLG Neustadt v.23.3.61
- 3 W 24/61 -, JZ 1962, 417

Hagen:

Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, Freiburg 1972

Hagen:

Allgemeine Verfahrenslehre und Verfassungsgerichtliches Verfahren, München-Salzburg 1971

Haueisen:

Zum Verlust des Rügerechts in den Verfahren der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1965, 191 ff

Haueisen:

Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten, NJW 1966, 764

Heinrichs:

Das amtsgerichtliche Verfahren in Wohnungseigentums-
sachen nach §§ 43 ff Wohnungseigentumsgesetz,
NJW 1975, 125 ff

Henskel:

Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970

v.Hippel:

Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien
im Zivilprozeß, Beiträge zum natürlichen Aufbau des
Prozeßrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie
des 19. Jahrhunderts, Frankfurt/M. 1939

Hubernagel:

Wohnungseigentumsgesetz, Köln 1952

Jansen:

FGG, Kommentar, 2.Auflage, 1.Band, Berlin 1969

Jansen:

Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
Tübingen 1964

Jauernig:

Zivilprozeßrecht, 18.Auflage, München 1977

Josef:

Wahre Parteien und bloße Streitbeteiligte in der frei-
willigen Gerichtsbarkeit, ZBlFG, X.Jahrgang 1910, 361 ff

Keidel-Winkler:

FGG, Kommentar, 10.Auflage. München 1972

Keidel:

Aus der Rechtsprechung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit,
JZ 1953, 273 ff

Kollhosser:

Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten
im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
München 1970

Kopp:

Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Auflage, München 1976

Kuchinke:

Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweis-
pflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1967, 295 ff

Lang:

Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungs-
prozeß, VerwArch 1961, 60 ff

Lent:

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3.Auflage, München und
Berlin 1958

Lent:

Die wahre Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege,
DNotZ 1950, 320 ff

Lent:

Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66, 267 ff

Lindacher:

Zur Antragsrücknahme im Streitverfahren der freiwilligen
Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1965, 41 ff

Lindacher:

Zur Frage der analogen Anwendung des § 295 ZPO im
Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
Rpfleger 1966, 199 ff

Lücke:

Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 41 ff

Mathieu:

Vertragshilfeverfahren als Angelegenheit der freiwilligen
Gerichtsbarkeit, DNotZ 1953, 371 ff

Merle:

Zur eventuellen Klagenhäufung, ZZP 83, 43 ff

Müller-Tochtermann:

Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache
außerhalb des Zivilprozesses, NJW 1959, 421 f

Münzel:

Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der
neueren Entwicklung, ZZP 66, 344 ff

Palandt:

BGB, Kommentar, 38. Auflage, München 1979

Pawlowski:

Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80, 345 ff

Peters:

Das echte Streitverfahren im Bereich der freiwilligen
Gerichtsbarkeit, MDR 1952, 137 ff

Peters:

Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, Grote 1962

Pick:

Das neue Recht des Wohnbesitzes, NJW 1976, 1049 ff

Pick:

Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 21.5.70 - VII ZB 3/70 -,
NJW 1970, 1316

Pikart-Henn:

Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln-Berlin-
Bonn-München 1963

Redeker:

Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Ver-
waltungsprozeß, NJW 1966, 1777 ff

Redeker-v.Oertzen:

Verwaltungsgerichtsordnung, 5.Auflage, Stuttgart-
Berlin-Köln-Mainz 1974

Richter:

Strengbeweis und Freibeweis im Verfahren der frei-
willigen Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1969, 261 ff

Rosenberg:

Beweislast, 5.Auflage, München und Berlin 1965

Rosenberg-Schwab:

Zivilprozeßrecht, 12.Auflage, München 1977

Sattelmacher-Sirp:

Bericht, Gutachten, Urteil, 26.Auflage, München 1972

Sauer:

Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951

Schlegelberger:

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Band I, 7.Auflage, Köln-Berlin 1956

Schlosser:

Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, Tübingen 1960

Schlosser:

Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966

Schmidt:

Prozeßwissenschaft und Prozeßgesetzgebung, ZZP 49, 1 ff

Schmidt, A.:

Gleichwertiges Parteivorbringen, JZ 1956, 559 ff

Schneider:

Das Beschlußverfahren und die Rechtskraft in privatrechtlich - streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 29, 96 ff

Schönke-Kuchinke:

Zivilprozeßrecht, 9.Auflage, Karlsruhe 1969

Schröder:

Korrefferat zu Lücke: Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 48 ff

Schultzenstein:

Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten, ZZP 43, 301 ff

Schuhmann:

Das Ermessen des Richters im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation, Tübingen 1968

Schunck-de Clerck:

Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Auflage, Siegburg 1967

Schwarz:

Die Stellung des Verwalters nach dem Wohnungseigentumsgesetz, BLGBW 1970, 62 ff

Stein-Jonas-Pohle:

Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19.Auflage, Tübingen 1972

Stephan:

Besprechung von: Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, NJW 1975, 2059 ff

Stern:

Verwaltungsprozessuale Probleme in der Öffentlich-rechtlichen Klausur, 2.Auflage, München 1972

Thomas-Putzo:

Zivilprozeßordnung, 10.Auflage, München 1978

Trautmann:

Die Verfahrenszuständigkeit in Wohnungseigentumssachen, Dissertation, Mainz 1973

Ule:

Verwaltungsprozeßrecht, 7.Auflage, München 1978

Unger:

Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, ZZP 34, 233 ff

Vollkommer:

Mahnverfahren bei Anspruch auf Zahlung von Miteigentümerbeiträgen nach dem Wohnungseigentumsgesetz, Rpfleger 1976, 1ff

Weißler:

Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898, Berlin 1900

Weitnauer-Wirths:

Wohnungseigentumsgesetz, 5.Auflage, München 1974

Wienicke:

Das Wohnungseigentumsrecht, Frankfurt 1975

Wieczorek:

Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Großkommentar, 2.Auflage, Berlin-New York 1976

Wolf:

Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1969

Wolff:

Verwaltungsrecht, Band I, 9.Aufl. München 1974

Wütz:

Der Freibeweis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
Tübingen 1970

Zimmermann:

Kostenentscheidung in Angelegenheiten der Freiwilligen
Gerichtsbarkeit nach Erledigung der Hauptsache unter
Berücksichtigung des Preußischen und Bayerischen
Landesrechts, Rpfleger 1954, 171

Zimmermann:

Ein neuer Verfahrenstyp in der freiwilligen Gerichts-
barkeit, Rpfleger 1962, 42 ff

Zimmermann:

Die freie Gestaltung des Verfahrens der freiwilligen
Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1967, 329 ff

Einleitung:

Der Gesetzgeber hat durch das " Gesetz über das Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht " vom 15.3.1951 (1) das Rechtsinstitut des Wohnungseigentums geschaffen. Mit diesem Gesetz wurde zum zweiten Mal nach kriegsbedingten Zerstörungen und dadurch entstandenem großen Wohnraumbedarf der Versuch unternommen, neben den traditionellen Formen von Eigenheim und Miete breiten, weniger einkommensstarken Bevölkerungsschichten zu unabhängigem Raumeigentum zu verhelfen.

Als erster Versuch in dieser Richtung läßt sich die Ausgestaltung des Erbbaurechts nach dem 1. Weltkrieg ansehen. Wenngleich das Erbbaurecht schon vorher im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 1012 bis 1017 enthalten war, so war doch diese Regelung derart unzureichend, daß ihm eine praktische Bedeutung nicht zukam. Die Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.6.1919 sollte einen kostengünstigeren Erwerb von Eigenheimen ermöglichen.

Da sich das Erbbaurecht aber nicht in dem erwarteten Maße durchgesetzt hatte (2), wurde zusätzlich das Rechtsinstitut des Wohnungseigentums eingeführt. Das Wohnungseigentum hat im Gegensatz zum Erbbaurecht trotz anfänglicher Anlaufschwierigkeiten eine rasante Entwicklung genommen. Die Zahl der Eigentumswohnungen nähert sich heute der 1 000 000 Grenze (3).

1) BGBl.I, S.175, ber. S.209

2) Vgl.Ingenstau, S.XXI ff

3) Vollkommer, Rpfleger 76, 1ff; Demharter, Rpfleger 77, 41 ff

Trotz dieser beeindruckenden Zahl ist der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck, eigengenutztes Wohnungseigentum zu fördern, nur teilweise erreicht. Einerseits sind viele dieser Eigentumswohnungen als Kapitalanlage und nicht zu eigengenutztem Wohnungseigentum erstellt. Die Mieten für gut gebaute Eigentumswohnungen sind aber für große Teile der Bevölkerung unerschwinglich geworden. Andererseits sind die Kosten für den Erwerb einer Eigentumswohnung derart gestiegen, daß finanzschwache Bevölkerungsschichten die notwendigen Mittel nicht aufbringen können und von Wohnungseigentum ausgeschlossen sind.

Diese Entwicklung hat dazu geführt, daß in letzter Zeit ein erheblicher Teil der gebauten Eigentumswohnungen leer steht.

Um die enorme Kostenbelastung beim Erwerb einer Eigentumswohnung zu verringern, aber dennoch unabhängiges Wohnen zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber jüngst durch das " Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbesitz im sozialen Wohnungsbau " vom 23.3.1976 (1) das Rechtsinstitut der Wohnbesitzwohnung geschaffen. Ob sich dieses " dritte Bein im Rahmen des öffentlichen Wohnungsbaues " (2) durchsetzt, bleibt abzuwarten.

Trotz der Kostensteigerung und den damit verbundenen Schwierigkeiten darf gesagt werden, daß sich das Wohnungseigentum nach dem Wohnungseigentumsgesetz bewährt hat (3).

1) BGBl.I, S.737

2) Pick, NJW 76, 1049 ff

3) Vgl. Diester, NJW 70, 1107 ff

Die räumliche Nähe des Sondereigentums der Wohnungseigentümer und die gemeinsame Nutzung des Miteigentums legen aber auch den Kern für Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten unter den Wohnungseigentümern.

Der Gesetzgeber hat daher für die in § 43 Abs.1 Ziff.1-4 WEG aufgeführten Streitigkeiten über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander, über die Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, über die Bestellung eines Verwalters im Falle des § 26 Abs.3 WEG und über die Gültigkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer eigene Verfahrensvorschriften erlassen und diese Streitigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen.

Da diese Verfahrensregelung aber nur sehr unvollständig ist, besteht über die Ausgestaltung des Verfahrens nach den §§ 43 ff WEG im einzelnen wenig Einigkeit. Insbesondere sind die Grenzen einer Anwendung zivilprozessualer Vorschriften zur Lückenfüllung umstritten.

Ziel dieser Arbeit soll es sein, zu einer diesbezüglichen Klärung beizutragen.

Schon über die dogmatische Einordnung der Wohnungseigentumssachen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind die Ansichten verschieden. Es soll daher im ersten Teil der Arbeit erörtert

werden, ob die Streitigkeiten nach § 43 Abs.1 WEG als echte privatrechtliche Streitigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusehen sind.

Es können hier nicht sämtliche zivilprozessualen Vorschriften auf ihre Verwendbarkeit in Wohnungseigentumssachen überprüft werden. Die notwendige Begrenzung ergibt sich aus einem Vergleich der maßgeblichen Verfahrensmaximen in Wohnungseigentumssachen und im Zivilprozeß.

Demnach steht die Untersuchung analoger Vorschriften des Zivilprozesses im ersten Abschnitt des zweiten Teils der Arbeit unter dem Gesichtspunkt der Dispositionsmaxime, die im Antragserfordernis gemäß § 43 Abs.1 WEG zum Ausdruck kommt.

Im zweiten Abschnitt werden dann die Möglichkeiten einer analogen Anwendung zivilprozessualer Vorschriften erörtert, die durch die Geltung der Untersuchungsmaxime berührt werden.

Erster Teil:

Rechtliche Qualifizierung des Verfahrens in
Wohnungseigentumssachen

I. Notwendigkeit ergänzender Verfahrensnormen

Durch das " Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht " (WEG) vom 15. März 1951 (1) hat der Gesetzgeber Streitigkeiten in Wohnungseigentumssachen gemäß § 43 Abs.1 Ziff.1-4 WEG dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet. Zusätzlich gelten allerdings gemäß § 43 Abs.3 WEG die besonderen Vorschriften der §§ 44 bis 50 WEG. Letztere Vorschriften regeln aber nur Teilbereiche des Verfahrens, so unter anderem die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung im Regelfall, den Vergleich, die Rechtskraft, die Rechtsmittel und die Kosten. Im übrigen bleibt es bei der Geltung der allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FGG).

Das FGG ist aber selbst keine umfassende und vollständige Verfahrensordnung, sondern regelt nur die Grundzüge des Verfahrens. Es läßt sich als eine Art " Rahmengesetz " ansehen (2). Da die Vorschriften der §§ 44 ff WEG das Verfahren in Wohnungseigentumssachen aber nur teil-

1) BGBI. I, S.175, ber. S.209

2) Lent, DNotZ 50, 326; Zimmermann, Rpfleger 67, 329 ff; Habscheid, § 3 II 4; Bärmann, § 4 I 3; Barnstedt, RdL 59, 118 ff u. 144 ff spricht im Hinblick auf die sog. echten Streitverfahren von der Unzulänglichkeit der Verfahrensregelung des FGG.

weise vervollständigen, muß der Richter die Verfahrensordnung jeweils im konkreten Einzelfall ergänzen.

Damit stellt sich das Problem, ob und inwieweit andere Verfahrensordnungen zur Lückenfällung herangezogen werden können.

Es kann heute als gesichert gelten, daß die Ausgestaltung des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht mehr völlig dem Ermessen beziehungsweise der freien richterlichen Gestaltung überlassen werden soll (1). Schon Schmidt (2) hat ein derart formloses Verfahren als einen Rückfall in das 18. Jahrhundert, den absoluten Polizeistaat, bezeichnet. Wenn auch diese Ansicht im Hinblick auf die heutige Praxis der Gerichte in dieser Schärfe nicht mehr zutrifft, so ist doch dem Ruf nach einer unter Umständen modifizierten Anwendung sekundärer Verfahrensnormen im Hinblick auf die Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Verfahrens (3) zuzustimmen (4).

1) Bärmann, § 12 I; Habscheid, Rpfleger 57, 168

2) Schmidt, ZZP 49, 10 f

3) Hagen, Elemente, S.52

4) Jansen, Vorb.v. §§ 8-18, Rdn.2; Baur, § 1 III; ähnlich auch Kollhossner, S.54: "Der Gesetzgeber hat die Ausgestaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit weitgehend dem "Ermessen" der Gerichte überlassen - im ungebrochenen Vertrauen darauf, daß diese so am besten der Individualität der sehr verschiedenartigen Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerecht werden könnten. Ein solches Vertrauen teilen wir heute nicht mehr im gleichen Maße. Je komplexer und unübersichtlicher der Aufgabenkatalog der Gerichte der freiwilligen

In diesem Sinn regt auch die Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit an, Rechtsprechung und Lehre mögen eine weitere analoge Anwendung von zivilprozessualen Vorschriften in der freiwilligen Gerichtsbarkeit überprüfen (1).

Einer analogen Anwendung anderer Verfahrensvorschriften steht auch grundsätzlich nicht der Einwand entgegen, daß dadurch die Elastizität des Verfahrens - ein wesentlicher Vorteil der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüber dem formstrengeren Zivilprozeß - beseitigt werde; denn eine sinnvolle auf das WEG/FGG-Verfahren zugeschnittene Analogie garantiert gerade ein zweckmäßiges Verfahren und wird damit auch der hinter dem Schlagwort Elastizität stehenden Forderung nach zweckmäßiger Gestaltung gerecht (2).

Gerichtsbarkeit wird, um so stärker wächst das Bedürfnis, die Voraussetzungen für die richtige "Ermessensausübung" zu präzisieren und zu normieren, um eine gleichmäßige und fehlerfreie Behandlung gleichwertiger Fälle zu sichern. Das drängt dazu, über das "rechtsstaatliche Minimum" hinaus auch dort nach übernahmefähigen Regeln Ausschau zu halten, wo uns heute die herkömmlichen "Ermessensspielräume" im Verfahrensrecht zu suspekt und zu riskant erscheinen."

- 1) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit 1961, S.398
- 2) Kollhossner, S.187

II. Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Bei der Ausschau nach anwendbaren adäquaten Verfahrensnormen ist es notwendig, sich über die dogmatische Einordnung der Wohnungseigentumssachen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit Klarheit zu verschaffen.

Trotz vieler Versuche ist es nicht gelungen, eine zutreffende Begriffsbestimmung für den Gesamtbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu geben. Weder vom Wortsinn noch von den Verfahrensmitteln (1), weder vom Gegenstand noch vom Ziel des Verfahrens läßt sich eine dogmatisch befriedigende Antwort finden (2). Hier soll auch nicht ein erneuter Definitionsversuch unternommen werden. Bereits die Motive des Gesetzgebers lassen die Schwierigkeiten einer positiven Definition erkennen; der Gesetzgeber hat viele Materien allein deshalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen, weil nach seiner Ansicht andere Verfahrensordnungen nicht elastisch genug sind. Es fehlt somit an übergreifenden Gesichtspunkten. Daher kann man nur von der Zuweisung der einzelnen Materien an die freiwillige Gerichtsbarkeit durch den Gesetzgeber ausgehen.

Sinnvoller ist es, gleichartige Gruppen zu bilden. Herkömmlicherweise werden die der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterstellten Verfahren in drei Kategorien unterteilt.

-
- 1) Lent stellt in seinem Studienbuch in § 2 IV auf den Unterschied zur rechtskräftigen Feststellung und Vollstreckung eines Anspruchs im Zivilprozeß ab.
 - 2) Habscheid, § 4; Jansen, § 1, Rdn.4; Bärman, § 5 I

Dies ist einmal der ursprüngliche sogenannte klassische Bereich, zu dem beispielsweise die Vormundschaftssachen, Nachlaßsachen, Registersachen, die Beurkundungstätigkeit und die Personenstandssachen gezählt werden. Diese Verfahren sind durch den Fürsorgecharakter gekennzeichnet, wobei hier noch weiter unterschieden werden kann, ob es sich um Fürsorge im Hinblick auf einzelne besonders schutzbedürftige Personen - zum Beispiel Minderjährigenschutz - handelt, oder ob es um den Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs - zum Beispiel Registerrecht - geht (1). Baur spricht von einem konkreten privaten Fürsorgebedürfnis, das der Staat zu seinem eigenen macht, somit von konkreter staatlicher Fürsorge, und von einer allgemeinen Rechtsfürsorge (2).

Der zweite und dritte Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind die sogenannten echten privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Streitverfahren. Letztere, die öffentlichrechtlichen Streitverfahren, sollen hier nur kurz erwähnt werden, weil sie für die Einordnung der Wohnungseigentumssachen keine wesentliche Bedeutung haben. Es handelt sich um Streitigkeiten zwischen Privaten und öffentlichen Körperschaften (3) - zum Beispiel die Anfechtung von Justizverwaltungsakten gemäß § 23 EGGVG -, die der Gesetzgeber aus Gründen des Zusammenhangs den ordentlichen Gerichten beziehungsweise

1) Bärman, § 4 I b

2) Baur, § 1 III

3) Zimmermann, Rpfleger 62, 42 ff; Habscheid, § 8

den dort errichteten Standesgerichten zugewiesen ~~sind~~ (1).

Eine positive Definition der echten privatrechtlichen Streitverfahren (2) stößt ebenfalls auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten, weil oftmals Sachgebiete der ordentlichen Gerichtsbarkeit aus rechtspolitischen Zweckmäßigkeitsgründen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet worden sind (3). Deshalb ist es schwierig, übergreifende Gesichtspunkte für die Einordnung dieser Verfahren zu finden.

Rechtsprechung (4) und Literatur (5) verstehen darunter Verfahren, in denen sich zwei Beteiligte oder zwei Gruppen von Beteiligten im entgegengesetzten Interesse gegenüberstehen und in denen mit verbindlicher, endgültiger Wirkung über behauptete subjektive Rechte und Pflichten durch das Gericht entschieden wird. Dies führt dann dazu, daß die echten privatrechtlichen Streitverfahren als dem Zivilprozeß sehr ähnlich angesehen werden.

-
- 1) BGH, NJW 61, 923; Jansen, Wandlungen, S.8
 - 2) Gegen diesen Begriff wendet sich Schlegelberger, § 12, Anm.7. Da sich der Begriff aber zwischenzeitlich durchgesetzt hat, soll darauf nicht näher eingegangen werden. Schlegelberger bejaht im übrigen für Streitigkeiten dieser Art im Grundsatz die Anwendung von Zivilprozeßvorschriften.
 - 3) BGHZ 6, 254; Stein-Jonas, Vorb.III 1 zu § 1
 - 4) BayObLGZ 65, 1965; OLG Celle, NJW 65, 1485
 - 5) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.58 mit weiteren Nachweisen

III. Wohnungseigentumssachen als echte privatrechtliche Streitverfahren

1) Der Streitstand

Nach herrschender Meinung (1) gehören Streitigkeiten in Wohnungseigentumssachen gem. § 43 Abs.1 Ziff.1-4 WEG zu den echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Diese Auffassung ist aber in letzter Zeit nicht unwidersprochen geblieben.

Brüggemann (2) wendet sich gegen diese Zuordnung der Wohnungseigentumssachen. Es handele sich nur um schein-echte Streitsachen. In diesen Verfahren werde nicht um eine bestimmte Rechtsfolge gestritten. Der Richter habe verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, darunter auch solche, die von den Parteien überhaupt nicht zur Diskussion gestellt worden seien. Aufgabe des Richters sei es hier, ordnend-gestaltend auf bestimmte, in Unordnung geratene Lebensverhältnisse einzuwirken, wobei die Gestaltung seinem schlichten Ermessen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit übertragen sei.

Auch Trautmann (3) widerspricht der herkömmlichen Auffassung. Allerdings bejaht er für Streitigkeiten nach § 43 Abs.1 Ziff.1 und 2 WEG die Zuordnung zu den echten privatrechtlichen Streitverfahren. Verfahren nach § 43 Abs.1 Ziff.3 und 4 WEG will Trautmann dagegen eher den

1) BayObLGZ 65, 1984; OLG Celle. NJW 58, 307; Weitnauer-Wirths, § 43, Rdn.1; Diester, vor § 43, Rdn.4; Keidel, § 12, Rdn.12g; Bärmann, AcP 154, 315 ff; ders., § 4 II u. § 50 IV; Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.11; Habscheid, § 45 II

2) Brüggemann, S. 78

3) Trautmann, S. 10 ff

nicht streitigen Antragsverfahren wie Erbscheins- oder Todeserklärungsverfahren zuge-
teilt wissen. In den Verfahren der richter-
lichen Verwalterbestellung gemäß § 43 Abs.1
Ziff.3 WEG werde nicht um subjektive Rechte
gestritten; der Richter wirke hier gestaltend
und nicht streitentscheidend. Auch in den Fällen
der Überprüfung von gesetz- oder sittenwidrigen
Wohnungseigentümerbeschlüssen gemäß § 43 Abs.1
Ziff.4 WEG werde zum Beispiel vom Verwalter
kein subjektives Recht geltend gemacht; es
liege nur ein ordnend-gestaltender Eingriff
des Richters vor. In diesen Verfahren stünden
sich die Beteiligten nicht notwendig in einer
der zivilprozessualen Parteistellung vergleich-
baren Weise gegenüber.

Schließlich lehnt auch Münzel (1) die Zuge-
hörigkeit der Verfahren der richterlichen Ver-
walterbestellung gemäß § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG
zu den echten privatrechtlichen Streitverfahren
ab. Nach seiner Meinung ist die richterliche
Tätigkeit hier verwaltender Art. Von dieser
Ausnahme abgesehen bejaht Münzel aber die Ein-
ordnung der Wohnungseigentumssachen in die
echten privatrechtlichen Streitverfahren der
freiwilligen Gerichtsbarkeit.

1) Münzel, ZZP 66, 379

2) Eigene Ansicht

a) Gestaltende und streitentscheidende
Funktion des Richters

Der Auffassung Brüggemanns stehen erhebliche Zweifel entgegen. Seine abweichende rechtliche Qualifizierung der Wohnungseigentumssachen beruht letztlich darauf, daß er von einer anderen Definition der echten privatrechtlichen Streitverfahren ausgeht und dem Begriff eine andere Funktion beimißt. Wesentlich für Brüggemann ist zusätzlich zur herrschenden Meinung, daß um eine ganz bestimmte Rechtsfolge gestritten wird und daß gegensätzliche Rechtsfolgenbehauptungen von den Parteien aufgestellt werden (1). Dies folgt aus seiner grundsätzlichen Unterscheidung vom "judex statutor" und "judex investigator" (2). Echte Streitverfahren bejaht Brüggemann nur für die Funktion des streitentscheidenden Richters, nicht aber bei gestaltender Tätigkeit. Die Wohnungseigentumssachen seien daher - da nach Brüggemanns Ansicht sämtlich gestaltender Art - nur schein-echte Streitsachen.

Mit dieser neuen Fallgruppe ist aber in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht viel gewonnen, denn auch Brüggemann rechnet diese sogenannten schein-echten Streitsachen nicht zu den klassischen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Hinzu kommt, daß sich die Funktionen des streitentscheidenden und des gestaltenden

1) Brüggemann, S.74 ff

2) Vgl. die Kritik von Habscheid, ZZP 84, 225 ff

Richters nicht nach Zivilprozeß und freiwilliger Gerichtsbarkeit trennen lassen (1). Auch die Zivilgerichtsbarkeit kennt in vielen Bereichen die gestaltende richterliche Tätigkeit (2), genannt seien hier nur die Bestimmung einer Leistung gemäß den §§ 315 f BGB, die Herabsetzung einer Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB, Entscheidungen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB und Entscheidungen nach § 826 BGB (3).

Verfahrensrechtlich unterscheidet der Zivilprozeß grundsätzlich nicht zwischen streitentscheidender und gestaltender Funktion des Richters. Dann ist es auch nicht sinnvoll, bei den echten privatrechtlichen Streitverfahren eine derartige Trennung durchzuführen, denn der Begriff der echten privatrechtlichen Streitverfahren und die Bildung dieser Fallgruppe in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist gerade durch die Nähe zum Zivilprozeß und daraus zu ziehender verfahrensrechtlicher Konsequenzen bedeutsam.

Die Unterscheidung zwischen entscheidenden und gestaltenden Urteilen beziehungsweise Beschlüssen ist im Einzelfall oft sehr zweifelhaft. So entspricht es der materiellen Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß der Richter bei fehlender Einigung der Parteien über die Vergütung beim Dienst-, Werk- und Mäklervertrag gemäß den §§ 612, 632, 653 BGB die übliche Vergütung als bereits objektiv feststehend zu

-
- 1) Vgl. auch Bruggemann selbst S.80 f, "judex statutor" und "judex investigator" sowie Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit stimmen nicht überein, sondern kreuzen sich.
 - 2) Münzel, ZZP 66, 342 ff
 - 3) Vgl. insbesondere zu den §§ 242, 826 BGB Bärmann, AcP 154, 413 f

finden hat. Für gestaltende Tätigkeit des Richters bleibt dann kein Raum (1). Bei richterlichen Entscheidungen nach den §§ 315, 316 BGB dagegen, bei denen die Bestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat, ist das Urteil gestaltend (2). Bärmann (3) hält dies für eine pseudowissenschaftliche Unterscheidung.

Eine Differenzierung zwischen Gestaltung und Streitentscheidung und eine Subsumtion nur der streitentscheidenden Verfahren unter den Begriff der echten privatrechtlichen Streitverfahren ist daher aus verfahrensrechtlicher Sicht nicht durchzuführen (4).

-
- 1) Münzel, ZZP 66, 343
 - 2) Palandt-Heinrichs, § 315, Anm.4 a; allgemeiner formuliert Pawlowski, ZZP 80, 345 ff: "Subjektive Privatrechte gestaltend konkretisieren ist eine Aufgabe des Zivilprozesses."
 - 3) Bärmann, AcP 154, 416
 - 4) Bärmann, AcP 154, 384 u. 420: "Echtes Streitverfahren in FG-Sachen ist Rechtsstreit um subjektive Privatrechte beliebiger Art, sei es um deren Feststellung oder Gestaltung." Pikart-Henn, 1. Teil, A I 5 b: "Es gibt zwei Gruppen echter Streitsachen, nämlich solche, die auf die Entscheidung rein subsummierender Natur hinauslaufen, und andere, bei denen über die bloße Subsumtion des Sachverhalts unter eine konkrete Rechtsnorm eine Gestaltung der Rechtslage bezweckt wird." Da Wohnungseigentumssachen in beiden Gruppen vorkommen, sind sie in jedem Fall echte Streitverfahren im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

b) § 43 Abs.1 Ziff.3 und 4 WEG als echte
privatrechtliche Streitverfahren

Bezüglich der Einordnung der in § 43 Abs.1 Ziff.3 und 4 WEG geregelten Streitigkeiten bedarf es einer näheren Auseinandersetzung mit den Argumenten Trautmanns (1). Nach seiner Ansicht wird bei der richterlichen Verwalterbestellung gemäß § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG nicht um subjektive Privatrechte gestritten. Zur Erörterung dieser Auffassung ist es notwendig, sich noch einmal mit der Definition und den Wesensmerkmalen der echten privatrechtlichen Streitverfahren zu befassen. Die Schaffung dieser eigenständigen Verfahrensgruppe der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nur sinnvoll, wenn man sie als Abgrenzung zu den anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere gegenüber den sogenannten klassischen Verfahren versteht (2).

Der klassische Bereich ist - wie bereits oben dargelegt - durch die Rechtsfürsorge im öffentlichen Interesse gekennzeichnet (3). Im öffentlichen Interesse liegt zum Beispiel die Rechtsfürsorge für Personen, die auf Grund ihrer Jugend, ihres Alters oder Gebrechlichkeit nicht fähig sind, ihre Interessen selbst zu verwalten. Je nach Stärke dieses öffentlichen

1) Trautmann, S. 15 f

2) Habscheid, § 7 I

3) Bärmann, § 4 II b: "Durchsetzung der objektiven Ordnung der Rechtsverhältnisse der Beteiligten, nicht Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte."

Interesses hat der Gesetzgeber diese klassischen Verfahren teils als Verfahren von Amts wegen, teils als Antragssachen ausgestaltet. Wesentlich für diese beiden Gruppen ist die Dominanz des öffentlichen Interesses. Subjektive Privatrechte des Einzelnen stehen nicht im Vordergrund des Verfahrens. Zwar geht es zum Beispiel in Antrags-sachen meist auch um subjektive Interessen des jeweiligen Antragstellers, doch können diese das öffentliche Interesse nicht verdrängen.

Der Gesetzgeber hat nun vor allem in jüngster Zeit Rechtsangelegenheiten, die wegen ihrer Kompliziertheit nicht in die strenge Ordnung des Zivilprozesses zu passen scheinen, der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet. Im Vordergrund dieser Verfahren steht aber nicht die Wahrnehmung oder Regelung öffentlicher Interessen; an einer Schlichtung dieser Streitigkeiten besteht kein größeres öffentliches Interesse als im Bereich der bürgerlichen Streitigkeiten des Zivilprozesses. Maßgebend für die Zuordnung dieser echten privatrechtlichen Streitverfahren zur freiwilligen Gerichtsbarkeit sind reine Zweckmäßigkeitssentscheidungen im Hinblick auf das flexiblere Verfahren, ohne daß sich am privatrechtlichen Charakter der Streitigkeiten etwas ändern soll. Daraus folgt, daß die Lehre große Schwierigkeiten hat, eine Definition der echten privatrechtlichen Streitverfahren herauszuarbeiten, da sehr unterschiedliche Streitigkeiten diesem Bereich zugeordnet sind.

Wesentlich für diese Verfahren ist also im Gegensatz zu den klassischen Verfahren, daß ein öffentliches Interesse an der Regelung dieser Streitigkeiten fehlt und subjektive Rechte oder Pflichten beliebiger Art der Beteiligten Gegenstand des Verfahrens sind.

Dem kann auch nicht der Vorwurf entgegengehalten werden, daß der Begriff und insbesondere die Intensität des öffentlichen Interesses zu unbestimmt und die Grenzen fließend seien (1). Denn Wertung ist eines der wesentlichen Merkmale juristischer Arbeitsweise (2). Wenn der Jurist die Gewichtigkeit verschiedener Rechtsgüter im Zivilrecht bei Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Recht der unerlaubten Handlung, oder im Strafrecht die Rechtswidrigkeit der Notwehrhandlung, oder verschiedene kollidierende Grundrechte im öffentlichen Recht abwägt, so wird er immer auch wertend tätig. Die Schwierigkeiten bei der Wertung und die Vertretbarkeit verschiedener Ergebnisse sind dann aber auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei der Einordnung der echten privatrechtlichen Streitverfahren hinzunehmen.

-
- 1) Hagen, Elemente, S.57: "Der Terminus Interesse gehört in einen ganz und gar metajuristischen Bereich."
 - 2) Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S.10: "Unsere ganze Rechtsordnung beruht auf Wertgrundlagen, die ihrerseits nicht wissenschaftlich und schon gar nicht rechtswissenschaftlich erweisbar sind."

Für die nähere Untersuchung dieser Wohnungseigentumssachen ist zwischen den Verfahren nach § 43 Abs.1 Ziff. 3 und 4 WEG zu trennen; bei der richterlichen Verwalterbestellung ist weiter danach zu differenzieren, ob der Antragsteller ein Wohnungseigentümer oder ein Dritter ist.

Verlangt nach § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG ein Wohnungseigentümer die richterliche Bestellung eines Verwalters, so macht er ein subjektives Recht gegen die anderen Wohnungseigentümer geltend. Aus den §§ 20 Abs.2, 21 Abs.4 und 26 Abs.3 WEG ergibt sich, daß es sich um ein subjektives privates Recht handelt. Gemäß § 20 Abs.2 WEG kann die Bestellung eines Verwalters nicht ausgeschlossen werden, das heißt, daß sie nicht durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluß im vornehinein ausgeschlossen werden kann. Dies bedeutet aber nicht, daß ein Wohnungseigentümer im Einzelfall nicht auf das Recht der Mitwirkung bei der Bestellung verzichten könnte; dies ist zulässig (1). Die Bestellung eines Verwalters ist ebenfalls eine Pflicht (2), deren Ausübung allerdings de facto unterbleiben kann. Es handelt sich auch nicht um eine öffentlich-rechtliche Pflicht, da die Durchsetzung den Wohnungseigentümern beziehungsweise Dritten, die ein berechtigtes eigenes Interesse nachweisen können, vorbehalten bleibt. Dieser privatrechtlichen Pflicht korrespondiert dann ein subjektives Recht des einzelnen Wohnungseigentümers

1) Bärmann-Pick, § 26, Rz.26

2) Bärmann-Pick, § 20, Rz.25

auf Bestellung eines Verwalters. Ist diese Pflicht nicht im Wege einer Vereinbarung oder eines Mehrheitsbeschlusses durchsetzbar, tritt die richterliche Bestellung auf Antrag an deren Stelle. Sie ist nur eine Ersatzbestellung und hat dieselbe Funktion wie der Mehrheitsbeschluß (1). Gegenstand des Verfahrens ist also ein subjektives Recht des Wohnungseigentümers auf Bestellung eines Verwalters.

Ein weiteres Argument für die Annahme subjektiver Privatrechte im Verfahren nach § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG ergibt sich aus § 21 Abs.4 WEG. Nach dieser Vorschrift besteht ein subjektiver Anspruch des Wohnungseigentümers auf eine ordnungsgemäße Verwaltung. Das Recht auf ordnungsgemäße Verwaltung kann die Bestellung eines Verwalters beinhalten. Dieses Recht aus § 21 Abs.4 WEG ist verfahrensrechtlich allerdings nicht nach § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG, sondern nach § 43 Abs.1 Ziff.1 WEG durchsetzbar und kann den Antrag rechtfertigen, eine bestimmte und geeignete Person als Verwalter zu berufen (2). Hierbei handelt es sich aber unstreitig um einen individuellen Rechtsanspruch des Wohnungseigentümers gegen die Miteigentümer (3) und um ein echtes privatrechtliches Streitverfahren. Es kann aber für das Problem, ob um ein subjektives Recht gestritten wird, keinen Unterschied machen, ob

1) OLG Hamm, NJW 73, 2301; Bärmann-Pick, § 26, Rz.46

2) Weitnauer-Wirths, § 26, Rz.4a; Bärmann-Pick, § 26, Rz.47

3) Bärmann-Pick, § 21, Rz.57 ff

der antragstellende Wohnungseigentümer die Pflicht auf Bestellung eines Verwalters im Wege der §§ 21 Abs.4, 43 Abs.1 Ziff.1 WEG oder im Wege der §§ 26 Abs.3, 43 Abs.1 Ziff.3 WEG geltend macht. Gegenstand des Verfahrens nach § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG ist daher die Durchsetzung des subjektiven privaten Rechts des Wohnungseigentümers auf Bestellung eines Verwalters. Nach Diester (1) ist das Recht auf Bestellung des Verwalters eines der wichtigsten Rechte des Wohnungseigentümers überhaupt.

Ist ein Dritter Antragsteller im Verfahren nach § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG, so gibt ein Vergleich mit den §§ 21 Abs.4, 43 Abs.1 Ziff.1 WEG nichts her, da § 21 Abs.4 WEG nur für Wohnungseigentümer gilt. Ausgangspunkt für das Problem, ob ein subjektives privates Recht des Antragstellers Gegenstand des Verfahrens ist, sind auch hier die §§ 20 Abs.2, 26 Abs.3 WEG. Wie oben festgestellt wurde, ist es immer eine privatrechtliche Pflicht der Wohnungseigentümer, einen Verwalter zu bestellen. § 26 Abs.3 WEG fordert ein berechtigtes Interesse des Dritten an der Bestellung. Dieses berechnete Interesse kann aber nur ein subjektives privates Interesse sein, da - wie oben dargelegt - ein öffentliches Interesse an der Bestellung eines Verwalters nicht besteht, sondern die Durchsetzung der privaten Initiative überlassen bleibt.

1) Diester, NJW 70, 1107, 1112

So erfolgt auch keine Eintragung einer Verwalterbestellung in ein öffentliches Register. Ein derartiges subjektives Interesse, das in den §§ 26 Abs.3, 43 Abs.1 Ziff.3 WEG verankert und gerichtlich durchsetzbar ist, ist aber als ein subjektives Privatrecht im Sinne der echten privatrechtlichen Streitverfahren anzusehen. Es geht also auch hier um die Durchsetzung subjektiver privater Rechte.

Ein subjektives Privatrecht scheint allerdings auf den ersten Blick zu fehlen, wenn eine öffentliche Behörde Antragsteller ist. Dies ist nämlich zum Beispiel möglich, wenn Maßnahmen im Interesse der Öffentlichkeit, insbesondere der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit, durch die Wohnungseigentümergeinschaft durchzuführen sind und die öffentlichen Behörden, sei es auch nur zum Zwecke der Erreichung der Zustellung einer öffentlichen Anordnung gemäß § 27 Abs.2 Ziff.3 WEG, ein berechtigtes Interesse an der Bestellung eines Verwalters geltend machen. Dann scheint gerade ein öffentliches Interesse und kein subjektives Privatrecht vorzuliegen. Diese Betrachtungsweise erkennt aber, daß der Grund für das Tätigwerden der Behörde gegenüber den Wohnungseigentümern und die Frage, ob sie gerichtlich einen Verwalter als Zustellungsadressaten bestellen lassen kann, zwei völlig getrennte Ebenen sind. Die behördliche Maßnahme, zum Beispiel der Erlass eines Verwaltungsaktes gegenüber den Wohnungseigentümern, findet bei oben genanntem Beispiel sicher seine Rechtsgrundlage im öffentlichen

Recht. Ob dieser Verwaltungsakt aber sämtlichen Wohnungseigentümern zuzustellen ist oder ob die Behörde zu diesem Zweck als Zustellungsadressaten sich einen Verwalter gerichtlich bestellen lassen kann, unterliegt den gleichen Kriterien, die für jeden privaten Dritten auch gelten. Insoweit steht die Behörde den Wohnungseigentümern im Gleichordnungsverhältnis gegenüber (1). § 26 Abs.3 WEG ist keine Vorschrift, die spezifisch den Trägern öffentlicher Gewalt zugeordnet ist, sondern berechtigt jedermann in gleicher Weise (2). Es geht also bei der richterlichen Bestellung eines Verwalters, auch wenn " zufällig " eine Behörde Antragsteller ist, immer um die Durchsetzung subjektiver privater Rechte.

Es besteht ebenfalls keine Verwandtschaft zu den Erbscheins- und Todeserklärungsverfahren, da diese beiden Verfahren eine Rechtsfürsorgetätigkeit auch im öffentlichen Interesse darstellen. So wird in Erbscheinsverfahren der allgemeine Rechtsverkehr mitgeschützt, und in Todeserklärungsverfahren macht sich der Staat die Sorge um unberechtigte Todeserklärungen zu eigen. Bei der Verwalterbestellung fehlt aber ein derartiges öffentliches Interesse. Die Bestellung eines Verwalters durch die Wohnungseigentümer selbst ohne eine öffentliche Kontrolle ist gerade der Normalfall, während bei den erstgenannten beiden Verfahren eine staat-

1) Vgl. die Subjektionstheorie bzw. Subordinationstheorie, BVerwGE 29,161 f; Stern, S.8

2) So die Abgrenzung nach der Subjektstheorie, Wolff I, § 22 II c,d

liche Mitwirkung unverzichtbar ist.

Es ist daher der Ansicht Trautmanns nicht zuzustimmen. Das Verfahren der richterlichen Bestellung eines Verwalters gemäß § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG ist echtes privatrechtliches Streitverfahren.

Soweit Münzel (1) ein echtes Streitverfahren für Verfahren nach § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG mit der Begründung ablehnt, die richterliche Tätigkeit sei hier nur " verwaltender Art ", so ist schon der Begriff " verwaltender Art " unklar. Falls er im Sinne von gestaltender richterlicher Tätigkeit gemeint ist, ist auf die Auseinandersetzung mit der Ansicht Brüggemanns hinzuweisen, daß nämlich echte privatrechtliche Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowohl streitentscheidende als auch gestaltende richterliche Funktion umfassen können. Soll der Begriff im öffentlichen Interesse wie bei den klassischen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwandt sein, so ist schon oben nachgewiesen, daß ein öffentliches Interesse an der Verwalterbestellung gerade nicht besteht. Es bleibt damit bei der Einordnung in die echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Es sind somit noch die Streitigkeiten nach § 43 Abs.1 Ziff.4 WEG zu untersuchen. Nach Ansicht Trautmanns (2) wird es sich häufig bei

1) Münzel, ZZP 66, 379

2) Trautmann, S.15

einem Verfahren über die Ordnungsgemäßheit der von Wohnungseigentümern gefaßten Beschlüsse nicht um Streitigkeiten über subjektive Rechte zwischen bestimmten Parteien handeln. Der Verwalter mache zum Beispiel in diesem Fall kein subjektives Recht gegen die Wohnungseigentümer geltend. Ob Trautmann die Eingliederung der Beschlufsanfechtungsverfahren in die echten Streitverfahren nur für den Fall der Verwalteranfechtung ablehnt oder auch bei Anfechtung durch einen Wohnungseigentümer, ist nicht eindeutig zu ersehen. Es sollen deshalb beide Möglichkeiten untersucht werden.

Die Mitwirkung eines Wohnungseigentümers an der Beschlußfassung ist ein Teilnahmeakt an der Verwaltung (1). Wird die Gültigkeit eines Beschlusses von einem Wohnungseigentümer angezweifelt, wird damit auch die Ordnungsgemäßheit der Verwaltung gerügt. Auf eine ordnungsgemäße Verwaltung hat der einzelne Wohnungseigentümer aber einen individuellen Rechtsanspruch gemäß § 21 Abs.4 WEG (2). Das Recht auf gültige Beschlüsse läßt sich als wesentlicher Bestandteil des subjektiven Eigentumsrecht betrachten. Das Anfechtungsrecht des Wohnungseigentümers ist daher ein subjektives Recht und als solches Gegenstand des Verfahrens.

Soweit der Verwalter eine Anfechtung vornimmt, könnte an einem subjektiven Recht gezweifelt werden. Für die Untersuchung ist es notwendig,

1) Bärman-Pick, § 20, Rz.9

2) Bärman-Pick, § 21, Rz.57 ff

die Stellung des Verwalters kurz zu beschreiben. Der Verwalter steht zu den Wohnungseigentümern in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis, das die herrschende Meinung als Dienstvertrag, im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages, qualifiziert (1). Innerhalb der gesetzlichen Mindestaufgaben des § 23 Abs.1 und 2 WEG ist es subjektives Recht und subjektive Pflicht des Verwalters, gemäß § 27 Abs.1 Ziff.1 WEG ordnungsgemäße Beschlüsse durchzuführen. Diese subjektiven Rechte und Pflichten können nur private sein, da das Anstellungsverhältnis privatrechtlich ist und öffentliche Interessen an der Verwaltungstätigkeit nicht gegeben sind. Der Gesetzgeber hat dem Verwalter ein Antragsrecht zur Überprüfung der Ordnungsgemäßheit der Wohnungseigentümerbeschlüsse gegeben, damit der Verwalter dieser subjektiven Pflicht im Interesse aller Wohnungseigentümer nachkommen kann. Um der Pflicht, auch an seiner Meinung nach ungültige Beschlüsse gebunden zu sein, entgegen zu können, steht ihm das subjektive private Recht auf gerichtliche Überprüfung zu. Es ist dabei, wie auch bei den §§ 134, 138 BGB, unerheblich, ob der Anfechtungsgrund im Einzelfall auf eine öffentlichrechtliche Norm zurückzuführen ist. Gegenstand des Verfahrens ist daher bei diesen Streitigkeiten immer das subjektive private Anfechtungsrecht des Verwalters (2).

1) Schwarz, BtGBW 70, 62; Bärmann-Pick, § 26, Rz.29

2) KG, NJW 56, 1679: "...Daneben kann der Verwalter in den Fällen der §§ 43 Abs.1 Ziff.2 und 4 WEG kraft eigenen Rechts Antragsteller und Beteiligter sein."

Nimmt der Verwalter in einem Verfahren nach den §§ 23 Abs.4, 43 Abs.1 Ziff.4 WEG nicht eigene Rechte, sondern die Rechte der anderen Wohnungseigentümer in eigenem Namen als Prozeßbeziehungsweise Verfahrensstandschafter (1) wahr, ändert dies, wie auch im Zivilprozeß, nichts am Charakter des Verfahrens; es bleibt bürgerlich-rechtliches Streitverfahren und im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit echtes Streitverfahren.

Soweit Trautmann als Abgrenzung zu den echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in diesem Zusammenhang auf den "ordnend-gestaltenden Eingriff" des Richters in diesen Verfahren abstellt (2), zeigt sich hier ganz deutlich die Unzulänglichkeit dieses Abgrenzungsmerkmals. Im Verfahren nach § 43 Abs.1 Ziff.4 WEG ist es dem Richter gerade verwehrt, ändernd und gestaltend in die Beschlüsse einzugreifen. Er kann nur unter geltendes Recht subsumieren und die Gültigkeit beziehungsweise die Ungültigkeit des Beschlusses feststellen (3). Ausnahmen auf Grund § 242 BGB können hier unberücksichtigt bleiben, da Anpassungen gemäß § 242 BGB bei Verträgen im Zivilprozeß ebenfalls zulässig und daher nicht zur Abgrenzung tauglich sind.

Da auch öffentliche Interessen in diesem Verfahren der Beschlufanfechtung keine Rolle spielen, bleibt es mit der herrschenden Meinung (4) bei

1) Vgl.hierzu BayObLG, NJW 71, 761; einschränkend BayObLG, ZMR 76, 313

2) Trautmann, S.16

3) OLG Celle, NJW 58, 307; OLG Hamm, OLGZ 71, 96

4) BayObLG, NJW 71, 760; OLG Celle, NJW 58, 307; Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.11

der Einordnung in die echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß es sich bei allen in § 43 Abs.1 Ziff.1 - 4 WEG geregelten Streitverfahren um echte privatrechtliche Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.

IV. Prozeßmaximen im Zivilprozeß und in Wohnungseigentumssachen

Wenn auch die echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch die Nähe zum Zivilprozeß gekennzeichnet sind, so ist doch das Problem, ob und in welchem Umfang die analoge Anwendung von Zivilprozeßvorschriften grundsätzlich gerechtfertigt ist, damit nicht gelöst. Zur Beantwortung bedarf es einer näheren Untersuchung der in den jeweiligen Verfahrensordnungen geltenden Verfahrensgrundsätze (1). Hagen (2) hat zwar Bedenken bezüglich einer Verfahrensbeschreibung an Hand von Prozeßgrundsätzen angemeldet, da dies zu einer bedenklichen Simplifizierung der Darstellung führe. Diese Bedenken sind dann berechtigt, wenn Verfahrensgrundsätze als Dogma angesehen werden und versucht wird, aus ihrer Geltung zwangsläufig genaue Regelungen über die Ausgestaltung des Verfahrens im einzelnen abzuleiten.

1) Zu den Verfahrensgrundsätzen aus historischer Sicht vgl. Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, 1971

2) Hagen, Elemente, S.84 ff

Dann könnte man allerdings von einem Rückfall in die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts sprechen (1).

Andererseits ist es aber auch verfehlt, die Bedeutung der Verfahrensgrundsätze zu gering einzuschätzen. Denn es handelt sich um im Gesetz verankerte oder zumindest aus dem Gesetz herzuleitende allgemeine Wertentscheidungen des Gesetzgebers über den Verfahrensablauf. Ein derartiger Wertungsmaßstab erleichtert die Beantwortung konkreter Einzelfragen und sorgt für eine einheitliche Behandlung, wenn man berücksichtigt, daß diese Verfahrensgrundsätze selten oder nie exakt und mit voller Konsequenz durchgeführt sind (2); man muß daher in dem jeweiligen Verfahren den Geltungsbereich dieser Grundsätze richtig orten. Ein so gefundener Wertungsmaßstab kommt auch der Forderung nach Rechtssicherheit entgegen (3).

Der Zivilprozeß ist von der Dispositionsmaxime gekennzeichnet und beherrscht; Ausnahmen hiervon, zum Beispiel die Ehenichtigkeitklage, die auch vom Staatsanwalt erhoben werden kann, §§ 632 ZPO, 24 Abs.1 EheG, oder Entmündigungsverfahren, die der Staatsanwalt ebenfalls beantragen kann, §§ 646, 666, 675, 679 ZPO, sollen hier noch außer Betracht bleiben.

Der zweite wichtige Grundsatz des Zivilprozesses ist die Verhandlungsmaxime; Ausnahme ist hier wiederum § 616 Abs.1 ZPO.

1) v.Hippel, S.189; Hentkel, S.118

2) Henckel, S.118: "Die Maximen sind vielfach aufgelockert und durchbrochen."
Grunsky, S.17: "Die Verfahrensgrundsätze sind vielfach nicht chemisch rein durchgeführt, sondern zwischen den verschiedenen Grundsätzen sind Kompromisse getroffen worden."

3) Brüggemann, S.102

Das Verfahren in Wohnungseigentumssachen gemäß den §§ 43 ff WEG ist ebenfalls von der Dispositionsmaxime geprägt (1) (2).

Da gemäß § 43 WEG im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden wird, kommt grundsätzlich § 12 FGG zur Anwendung, das heißt, in Wohnungseigentumssachen hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Es gilt also grundsätzlich die Untersuchungsmaxime.

Bevor nun untersucht werden soll, inwieweit sich einzelne Verfahrensvorschriften des Zivilprozesses mit den Verfahrensmaximen der Wohnungseigentumssachen vereinbaren lassen, erscheint es notwendig, die Begriffe Dispositionsmaxime und den entsprechenden Gegenpol Officialmaxime sowie die Begriffe Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime zu definieren und gegeneinander abzugrenzen. In Schrifttum und Lehre werden diese Begriffe nämlich nicht einheitlich gebraucht und bieten daher Anlaß zu Mißverständnissen (3).

1) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.8

2) Eine scheinbare Ausnahme vom Antragsgrundsatz liegt vor, wenn zum Beispiel eine Behörde oder ein Gericht bei eigenem berechtigten Interesse einen Antrag auf gerichtliche Verwalterbestellung gemäß § 43 Abs.1 Ziff.3 WEG stellen. Dies bedeutet aber dennoch nicht eine Einleitung des Verfahrens von Amts wegen, sondern die antragstellende Behörde oder das Gericht sind hier Dritte im Sinne der Vorschrift.

3) Vgl. Lücke, JuS 61, 41 f

Die Dispositionsmaxime - auch Antragsgrundsatz genannt - beinhaltet, daß die Einleitung des Verfahrens von einer Klage oder einem Antrag des Klägers oder des Antragstellers abhängt. Von sich aus darf das Gericht nicht tätig werden. Die Ausnahme im Zivilprozeß, daß nämlich der Staatsanwalt gemäß § 24 Abs.1 EheG gegen den Willen der beteiligten Personen die Ehenichtigkeitsklage erheben kann, bedeutet bereits eine Einschränkung der Dispositionsmaxime. Der Gegenpol ist die Offizialmaxime; das Verfahren wird von Amts wegen eingeleitet.

Die Dispositionsmaxime betrifft aber nicht nur die Einleitung, sondern berührt auch die Fortdauer beziehungsweise die Beendigung des Verfahrens durch Parteidisposition. So regelt § 44 WEG unter anderem die Möglichkeit der Beendigung des Verfahrens durch gerichtlichen Vergleich zwischen den Beteiligten. Weiteres Merkmal der Dispositionsmaxime ist die Bestimmung des Streitgegenstandes, den der Kläger oder der Antragsteller mit seinem Antrag festlegt. Habscheid (1) hat nachgewiesen, daß dies ebenfalls für die echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt.

Regelungen des förmlichen äußeren Ablaufs des Verfahrens dagegen sind scharf vom Begriffspaar Dispositionsmaxime und Offizialmaxime zu trennen. Ob für Ladungen, Zustellungen oder Terminbestimmung die Parteien oder das Gericht zuständig sind, soll durch das Gegensatzpaar Parteibetrieb und Amtsbetrieb gekennzeichnet werden (2).

1) Habscheid, Streitgegenstand, S.222 f

2) Lücke, JuS 61, 42; vgl.auch Rosenberg-Schwab, § 79 I

Die Dispositionsmaxime regelt also die Verfügungsbefugnis der Parteien beziehungsweise der Beteiligten über Einleitung, Fortdauer, Beendigung und Streitgegenstand des Verfahrens (1).

Die Begriffe Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime betreffen dagegen die Verantwortlichkeit für die Einführung der Tatsachengrundlagen, die zur Ausfüllung und Begründung im Rahmen des Streitgegenstandes notwendig sind (2). Bei Geltung der Untersuchungsmaxime trägt das Gericht die Verantwortung für die Herbeischaffung der notwendigen Tatsachen, bei Geltung der Verhandlungsmaxime fällt sie den Parteien zu.

Hierbei handelt es sich allerdings um eine abstrakte Betrachtung der Verfahrensnormen. Inwieweit die Verfahrensordnungen diese absolut durchführen, abändern oder relativieren, ist im weiteren Verlauf der Arbeit zu prüfen.

Eine Gegenüberstellung der Dispositions- und der Untersuchungsmaxime zeigt, daß erstere sich auf die Einleitung, Beendigung und den Streitgegenstand des Verfahrens, letztere sich auf die Einführung des Tatsachenstoffes bezieht.

Schlagwortartig lassen sich beide Verfahrensmaximen im Hinblick auf ihren Bezugspunkt auch dahingehend unterscheiden, daß sich die Dispositionsmaxime auf die rechtliche Verfahrensmacht, somit auf Rechtsfragen, und die Untersuchungsmaxime auf Tatsachenfragen beziehen (3).

1) Ähnlich Hagen, Elemente, S.85; Henckel, S.119; Lüke, JuS 61, 42

2) Beide Begriffe gehen auf Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses zurück.

3) Vgl. Hagen, Elemente, S.85 u. 127

Zweiter Teil:

Analoge Anwendung zivilprozessualer Vorschriften in Wohnungseigentumssachen

Bereits im ersten Teil der Arbeit wurde die Notwendigkeit der Ergänzung der Verfahrensordnung in Wohnungseigentumssachen durch sekundäre Verfahrensnormen dargelegt. Aus zwei Gründen rechtfertigt sich, daß die vorliegende Arbeit gerade die analoge Anwendung von Vorschriften des Zivilprozesses überprüft. Erstens sind die echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch die Nähe zum Zivilprozeß gekennzeichnet (1). Peters (2) spricht von einer inneren Verwandtschaft beider Verfahren. So handelt es sich auch bei den Wohnungseigentumssachen um privatrechtliche Ansprüche und Pflichten. Zweitens sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung Verfahrensregelungen und Rechtsinstitute, die zwar ihren Niederschlag und ihre besondere Ausgestaltung im Zivilprozeß gefunden haben, die aber darüber hinaus allgemeine Rechtsgedanken des Verfahrensrechts beinhalten und häufig auch für andere Verfahrensordnungen Gültigkeit beanspruchen. Daher ist bei der näheren Prüfung ihrer analogen Anwendbarkeit auch ein vergleichender Blick auf andere Verfahrensordnungen, insbesondere auf die vom Untersuchungsgrundsatz geprägte Verwaltungsgerichtsordnung, notwendig.

1) Vgl. Lent, ZZP 66, 267 ff; Baur, § 1 III 3 b: "Privatrechtliche Streitigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit führen ihr zivilprozessuales Gepäck mit sich."
Ebenso Bärmann, § 4 II 3

2) Peters, MDR 52, 137 ff

Über das Ausmaß beziehungsweise die Grenzen der Anwendung zivilprozessualer Vorschriften sind die Auffassungen geteilt. Dieses Problem wird allerdings meist pauschal für den Gesamtbereich der echten privatrechtlichen Streitverfahren erörtert.

Im Schrifttum läßt sich eine einheitliche Meinung nicht erkennen. Hier sind sämtliche Schattierungen von strenger Zurückhaltung bis zu einer sehr ausgedehnten Analogie vertreten. So wendet sich Schlegelberger (1) gegen eine allgemeine gedankenlose Übernahme zivilprozessualer Vorschriften. Er warnt vor der Tendenz, einen großen und wichtigen Kreis von Angelegenheiten trotz entgegenstehender klarer Vorschriften, sozusagen auf kaltem Wege, dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entziehen und zum Zivilprozeß überzuleiten (2). Für eine sehr weite Analogie tritt dagegen Grunsky (3) ein, der sogar grundsätzlich eine Anwendung der Vorschriften über das Versäumnisverfahren in echten Streitverfahren befürwortet. Andere wiederum halten die Zuweisung der echten Streitverfahren in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit insgesamt für fehlerhaft und sprechen sich für eine Rückeingliederung in den Zivilprozeß aus (4).

1) Schlegelberger, § 12, Anm.7

2) Vgl. auch Barnstedt, RdL 59, 118 ff u. 144 ff

3) Grunsky, § 21 I

4) Münzel, ZZP 66, 385: "Auf längere Sicht gesehen wird es jedenfalls das Ziel sein müssen, die aus der geschichtlichen Entwicklung bedingten, oben näher dargestellten willkürlichen Zuweisungen an eines der beiden Verfahren der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit zu ändern und in Einklang zu bringen mit der Eigenart des Verfahrens.... Als Grund für die Zuweisung solcher feststellender Entscheidungen an die FG erscheint in der Regel die Absicht,

Der Bundesgerichtshof hat in einem grundlegenden und oft zitierten Beschluß (1) die Ansicht vertreten, daß es zwar nicht zulässig sei, Lücken in den Verfahrensvorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne weiteres durch entsprechende Anwendung der Zivilprozeßordnung auszufüllen, doch sei dies in besonderen Fällen, insbesondere bei den echten Streitverfahren, gestattet. In einem späteren Beschluß (2) hat der Bundesgerichtshof weiter ausgeführt, daß Bestimmungen aus dem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit nur dann angewandt werden können, wenn dies ausdrücklich vorgeschrieben sei, oder soweit es sich um echte Streitsachen handle, oder um einen allgemeinen Rechtsgedanken, der in der Zivilprozeßordnung lediglich seinen Niederschlag gefunden habe.

Diese Ausführungen dürfen aber nicht so verstanden werden, daß in echten Streitverfahren grundsätzlich alle Vorschriften der Zivilprozeßordnung angewandt werden können (3). Entscheidend bleibt immer noch, inwieweit die spezifische Eigenart des jeweiligen Streitverfahrens - hier der Wohnungseigentumssachen - dies zulassen.

an Stelle des straffen geformten Zivilprozesses ein wendigeres und anpassungsfähigeres Verfahren zu erhalten. Wenn das wirklich der Eigenart des Verfahrens besser gerecht wird, so braucht man dazu doch nicht dem Zivilprozeß den Rücken zu kehren und zu einem andersartigen Verfahren seine Zuflucht zu nehmen. Der einfachere und bessere Weg ist die Anpassung des Zivilprozesses an die Eigenart der Angelegenheit. Es ist eigentlich paradox, daß man nicht das der Natur der Angelegenheit gemäße Verfahren der Angelegenheit anpaßt, sondern ein nicht der Natur der Angelegenheit gemäßes Verfahren wählt und dieses entsprechend zurechtbiegen muß."

1) BGHZ 6, 257 ff

2) BGH, NJW 54, 1407

3) Jansen, Vorb.v. §§ 8-18, Rdn.59

Da sich eine pauschale Antwort auf das Problem der analogen Anwendung zivilprozessualer Vorschriften in Wohnungseigentumssachen verbietet, soll nun im einzelnen untersucht werden, inwieweit die Wohnungseigentumssachen eine ähnliche Behandlung wie die Rechtsstreitigkeiten des Zivilprozesses fordern beziehungsweise zulassen.

I. Analoge Anwendung zivilprozessualer Vorschriften im Hinblick auf die Dispositionsmaxime

1) Antrag analog § 253 ZPO

Gemäß § 43 Abs.1 WEG wird das Gericht nur auf Antrag des oder der Beteiligten hin tätig. Diese Entscheidung des Antragstellers zur Verfahrenseinleitung ist ein wesentlicher Kern der Dispositionsmaxime. Da der Antrag in Wohnungseigentumssachen und der Klagantrag im Zivilprozeß zumindest insoweit das gleiche Ziel haben, fragt es sich, ob für die nähere Ausgestaltung des Antrags in Wohnungseigentumssachen § 253 ZPO analog heranzuziehen ist.

a) § 253 Abs.1 ZPO fordert zur Erhebung der Klage die Zustellung eines Schriftsatzes (Klagschrift). Dem steht der grundsätzlich in allen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltende § 11 FGG gegenüber, wonach der Antrag keinen zwingenden Formerfordernissen unterworfen ist. Es ist daher für alle echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentumssachen ganz herrschende Meinung, daß der Antrag mündlich, schriftlich, telegrafisch oder zu

Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden kann (1).

Zumindest mißverständlich sind insoweit nur die Ausführungen Heinrichs (2), der aus dem Gesichtspunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs für die Zustellung der Anträge in Wohnungseigentumssachen an die Beteiligten § 253 ZPO ergänzend heranziehen will, vom Antragsteller die erforderlichen Abschriften verlangt und hiervon die weitere Behandlung des Antrages abhängig machen möchte. Dabei erörtert er aber nicht, daß bereits für den Originalantrag kein Formzwang besteht. Seine Ausführungen lassen den Schluß zu, daß er formlose Anträge nicht zulassen will. Dies ist aber abzulehnen. Die Nähe der echten privatrechtlichen Streitverfahren zum Zivilprozeß und die Interessen der Beteiligten erzwingen keine Formstrenge im Sinne des § 253 Abs.1 ZPO. Der Antragsinhalt kann den Beteiligten auch vom Gericht mitgeteilt werden. Der Verzicht auf die strenge Form des Zivilprozesses entspricht gerade der Intention des Gesetzgebers, das Verfahren in Wohnungseigentumssachen für die Beteiligten zu erleichtern. Eine analoge Anwendung des § 253 Abs.1 ZPO ist daher mit der ganz herrschenden Meinung abzulehnen.

b) Schwieriger ist die Frage nach dem notwendigen Inhalt der Anträge zu beantworten. Hier gilt es zu entscheiden, ob in Wohnungseigentumssachen die genaue Bestimmtheit des Antrages entsprechend § 253 Abs.2 Satz 2 erforderlich ist.

1) Zimmermann, Rpfleger 67, 330; Keidel, JZ 55, 707; Jansen, § 11, Rdn.12 ff

2) Heinrichs, NJW 74, 125 f

Die Rechtsprechung hat sich gegen das Erfordernis der genauen Bestimmtheit des Antrages ausgesprochen. So hat zum Beispiel das OLG Hamm einen Antrag auf " richterliche Bestimmung einer angepaßten Hausordnung oder deren sachgemäße Ergänzung " für zulässig erachtet (1). Das BayObLG spricht verallgemeinernd davon, daß das Gericht ohne Bindung an den Wortlaut der Anträge diese so auszulegen hat, daß sie nach Möglichkeit zu dem vom Antragsteller erkennbar angestrebten Ergebnis führen. Solange dies möglich sei, komme eine Ablehnung des Antrags nicht in Betracht (2). Verlangt wird somit nur die Erkennbarkeit des Rechtsschutzzieles.

Das Schrifttum vertritt im Ergebnis die gleiche Auffassung, wobei dieses Problem allgemein für die echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erörtert wird. Keidel (3), Bärman (4), Habscheid (5) und Grunsky (6), um nur einige Autoren zu nennen, begnügen sich in den echten Streitverfahren ebenfalls mit der Erkennbarkeit dessen, was der Antragsteller begehrt. Nicht ganz eindeutig, aber wohl zu einer stärkeren Bestimmtheit des Antrages tendierend, äußert sich Zimmermann (7). Er verlangt einerseits einen bestimmten Antrag, spricht aber andererseits vage davon, daß seiner Formulierung nicht die Bedeutung wie im Zivilprozeß zukomme.

1) OLG Hamm, NJW 69, 884

2) BayObLG, NJW 72, 1377

3) Keidel, JZ 55, 707 ff

4) Bärman, § 13 I 2

5) Habscheid, § 18 I

6) Grunsky, § 6 I 1

7) Zimmermann, Rpfleger 67, 330

Der ganz herrschenden Meinung ist für die Wohnungseigentumssachen zuzustimmen. So weist Lent (1) darauf hin, daß gerade in Wohnungseigentumssachen aus praktischen Gründen eine Abweichung von § 253 Abs.2 Satz 2 erforderlich sei. Es würde in der Tat eine unzumutbare Verzögerung und Belastung des Verfahrens darstellen, wenn sich sämtliche antragstellende Beteiligte erst auf einen bestimmten Antrag einigen müßten. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber das Verfahren in Wohnungseigentumssachen von einem zumindest auch faktisch bestehenden Anwaltszwang befreien wollte. Strenge Formvorschriften beziehungsweise die Notwendigkeit bestimmter und genauer Anträge würden aber die Beteiligten meist überfordern und so dieses Ziel illusorisch machen.

Zweifeln kann man allerdings, wann die Grenzen der Erkennbarkeit, und somit eines zulässigen Antrags, erreicht sind. Als Beispiel sei ein Beschluß des BayObLG angeführt (2). Danach ist der Antrag " das Gericht möge die Lebensbedingungen der Antragsteller in der Eigentümerwohnanlage verbessern " zu unsubstantiiert, um Erfolg zu haben. Zwar habe, so das BayObLG, das Gericht den Willen der Antragsteller im Wege der Auslegung zu ermitteln, doch sei dem Senat nicht erkennbar, welche gerichtliche Anordnung die Antragsteller herbeiführen wollten. Die Herstellung allseits zumutbarer Lebensbedingungen könne nicht erfolgsversprechend angeordnet werden, dies sei Aufgabe der Beteiligten selbst.

1) Lent, ZZP 66, 267 ff

2) BayObLGZ 72, 246,250

Richtiger Ansatzpunkt und Kriterium für die Zulässigkeit eines Antrages muß demnach sein, ob für das Gericht ein konkreter Streitgegenstand erkennbar ist. Der Streitgegenstandsbegriff ist nämlich in den echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit derselbe wie im Zivilprozeß. Dies hat Habscheid (1) in seiner Untersuchung des Streitgegenstandsbegriffs nachgewiesen. Bei dem erstgenannten Beispiel "Ergänzung der Hausordnung" ist der Streitgegenstand "Hausordnung" konkret genug. Der im zweiten Beispiel wiedergegebene Antrag auf "Herstellung allseits zumutbarer Lebensbedingungen" kann aber alle nur denkbaren Streitigkeiten zwischen den Beteiligten umfassen. Von einem konkreten Streitgegenstand kann nicht mehr gesprochen werden. Der Antragsabweisung ist somit zuzustimmen. Reicht aber die Erkennbarkeit eines konkreten Streitgegenstandes für die Zulässigkeit aus, so scheidet insoweit eine analoge Anwendung des § 253 Abs.2 Satz 2 ZPO aus.

Ob dagegen der Antragsteller einen bestimmten Antrag mit der Folge stellen kann, daß das Gericht dann gemäß § 308 ZPO daran gebunden ist, wird unten noch näher darzulegen sein.

§ 253 Abs.2 Satz 2 ZPO verlangt auch eine exakte Begründung der Klage. Es ist anerkannt, daß in allen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit an den Antrag im Hinblick auf § 12 FGG nicht die gleichen An-

1) Habscheid, Streitgegenstand, S.222 f

forderungen wie im Zivilprozeß zu stellen sind; dennoch obliegt dem Antragsteller zumindest eine gewisse Darlegungslast (1).

Da diese Darlegungslast in Wohnungseigentums-sachen ebenfalls besteht (2), ergeben sich zu den anderen echten Streitverfahren diesbezüglich keine Unterschiede.

Problematisch wird diese Darlegungslast bei dem fristgebundenen Antrag der Beschlüßanfechtung gemäß den §§ 23 Abs.4, 43 Abs.1 Ziff.4 WEG inso- weit, ob der Antragsteller auch schon innerhalb dieser Frist seiner Darlegungslast genügen muß. Dies hat das BayObLG (3) mit Recht abgelehnt. Neben dem Hinweis des Gerichts auf die Amtser- mittlungspflicht gemäß § 12 FGG erfordert eben- falls der Zweck der einmonatigen Antragsfrist keine gleichzeitige Befristung der Darlegungslast. Zweck dieser Frist ist nämlich, Streitigkeiten zwischen den Wohnungseigentümern schnell zu klären, Sicherheit über die Gültigkeit von Beschlüssen zu bringen und damit Rechtsfrieden zu schaffen (4). Dies wird aber bereits durch die kurze Antrags- frist ausreichend gewährleistet. Eine ebenso kurze Darlegungsfrist würde keine wesentliche Zeitersparnis bedeuten und andererseits den Rechtsschutz des Antragstellers grundlos er- schweren.

Es bleibt somit festzuhalten, daß in Wohnungs- eigentumssachen eine analoge Anwendung des § 253 ZPO auf den Antrag abzulehnen ist.

1) Jansen, § 12, Rdn.9-11; Keidel, § 12, Rdn.111; BayObLGZ 73, 145, 149; Kollhosser, § 5 V

2) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.23

3) BayObLG, NJW 74, 2136

4) BGH, NJW 70, 1316 mit Anmerkung Pick, NJW 70, 2061

2) Richterliche Hinweispflicht analog § 139 ZPO

Eine Antragsabweisung ist aber nur dann zulässig, wenn das Gericht seiner richterlichen Hinweispflicht (1) nachgekommen ist.

Es ist unstreitig, daß diese Pflicht in Wohnungseigentumssachen wie in allen anderen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht. Nicht eindeutig ist nur, ob sie aus § 12 FGG oder aus § 139 ZPO analog herzu-leiten ist. Betont sei, daß es hier nur um die richterliche Pflicht geht, auf sachdienliche Anträge hinzuwirken.

Es bleibt im Rahmen dieser Arbeit zu prüfen, ob in Wohnungseigentumssachen besondere Gründe für eine Herleitung aus § 12 FGG oder aus § 139 ZPO sprechen.

Speziell für Wohnungseigentumssachen nehmen nur Merle (2) und Bärmann (3) zu diesem Problem Stellung. Sie treten für eine analoge Anwendung des § 139 ZPO ein, ohne diese Ansicht allerdings näher zu begründen.

Habscheid (4) hält in allen echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentumssachen eine analoge Anwendung des § 139 ZPO im Hinblick auf die Amtsaufklärungspflicht gemäß § 12 FGG nicht für nötig. Nach seiner Auffassung umfaßt § 12 FGG auch die Pflicht des Richters, auf sachdienliche Anträge der Beteiligten hinzuwirken. Bärmann (5), Grunsky (6) und Jansen (7) sehen

1) Dieser Begriff ist aus Abgrenzungsgründen dem Begriff "Amtsaufklärungspflicht" des § 12 FGG vorzuziehen.

2) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.13

3) Bärmann, § 50 IV 3 a

4) Habscheid, § 19 II 2

5) Bärmann, AcP 154, 398; ders., § 13 I 2

6) Grunsky, § 19 IV

7) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.11

dagegen für alle echten Streitverfahren die Notwendigkeit, aus dogmatischen Gründen § 139 ZPO analog anwenden zu müssen. Diese Auffassung wird damit begründet, daß § 12 FGG nur die Geltung der Untersuchungsmaxime im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime bestimme. Die Pflicht des Richters, auf sachdienliche Anträge hinzuwirken, bestehe aber unabhängig von der Geltung der Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime. So halte auch die Verwaltungsgerichtsordnung die Untersuchungsmaxime in § 86 Abs.1 und die Aufklärungs- beziehungsweise Hinweispflicht hinsichtlich sachgerechter Anträge in § 86 Abs.3, der weitestgehend dem § 139 ZPO entspreche, scharf auseinander (1). Da die richterliche Hinweispflicht auf sachdienliche Anträge also prinzipiell nichts mit der in § 12 FGG statuierten Verantwortlichkeit des Gerichts für die Tatsachenaufklärung zu tun habe, bedürfe es eines Rückgriffs auf § 139 ZPO.

Die Rechtsprechung betont meist nur die richterliche Aufklärungspflicht, ohne auf die dogmatische Herleitung näher einzugehen. Das OLG Celle (2) scheint allerdings zu einer entsprechenden Anwendung des § 139 ZPO zu tendieren.

Zusätzliche Argumente aus der spezifischen Eigenart der Wohnungseigentumssachen sind nicht ersichtlich. Es bleibt daher auch für Wohnungseigentumssachen bei dem oben aufgezeigten Streitstand.

Aus den überzeugenden Gründen der herrschenden Meinung ist somit § 139 ZPO in Wohnungseigentumssachen im Rahmen der sachgemäßen Antragstellung analog anwendbar.

1) Vgl. Kopp, § 86, Anm.6

2) OLG Celle, RdL 60, 131

3) Rechtsschutzbedürfnis

Bei der Erörterung des Antrags sollen auch Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses nicht unerwähnt bleiben. In Wohnungseigentumssachen ist nach einhelliger Meinung vom Antragsteller ein Rechtsschutzbedürfnis nachzuweisen (1). Wann dies jeweils im Einzelfall zu bejahen ist, kann nicht Gegenstand dieser Arbeit sein. Auf zwei Probleme soll aber doch näher eingegangen werden.

Es besteht Einigkeit, daß Feststellungsanträge (2) unter den besonderen Voraussetzungen des § 256 Abs.1 ZPO zulässig sind (3), auch wenn das Gesetz die Zulässigkeit nicht ausdrücklich festlegt. Wird zum Beispiel die Feststellung der Gültigkeit eines Beschlusses beantragt, was trotz des Wortlauts des § 43 Abs.1 Ziff.4 WEG statthaft ist, der nur die Feststellung der Ungültigkeit regelt (4), so ist entsprechend § 256 Abs.1 ZPO ein besonderes Interesse an dieser positiven Feststellung nachzuweisen.

Andererseits bedarf es bei der "normalen" Beschlüßanfechtung des Wohnungseigentümers oder Verwalters gemäß § 43 Abs.1 Ziff.4 WEG, bei der es um die Ungültigkeit des Beschlusses geht, grundsätzlich keines besonderen Nachweises eines Rechtsschutzinteresses (5). Dies rechtfertigt sich daraus, daß Beschlüsse für die Wohnungseigentümer und den Verwalter immer bindend sind und ihre Ungültigkeit nur geltend gemacht werden kann, wenn sie im Verfahren nach § 43 Abs.1 Ziff.4 WEG festgestellt worden ist (6).

1) Bärman-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.13 m.w.N.

2) Zur Zulässigkeit vgl.Hubernagel, § 43,Anm.7,1

3) BayObLGZ 65, 283; Habscheid, § 7 III 1

4) OLG Celle,NJW 58,307; Bärman-Merle,§ 43,Rz.31

5) KG, OLGZ 76, 56

6) Weitnauer-Wirths, § 43, Rdn.6

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint der Beschluß des BayObLG (1) mit folgendem Leitsatz zu sein: " Lehnt es die Versammlung der Wohnungseigentümer mit Mehrheit ab, über den Antrag eines Wohnungseigentümers zu beschließen, so besteht ein Rechtsschutzinteresse für die Anfechtung dieses Beschlusses nur, wenn dem Antragsteller ein klagbarer Anspruch auf Beschlußfassung :zusteht."

Richtiger erscheint es aber, diesen " Beschluß " überhaupt nicht als Beschluß im Sinne des Wohnungseigentumsgesetz aufzufassen, sondern als reine Untätigkeitserklärung zu qualifizieren. Geht man nämlich davon aus, daß ein Beschluß ein Rechtsgeschäft, wenn auch eigener Art (2), ist, so ist der mit Mehrheit kundgetane Wille, rechtsgeschäftlich nichts zu tun, selbst noch kein Rechtsgeschäft, sondern reines Unterlassen. Es ist ja kein Beschluß gefaßt worden, den Antrag abzulehnen, sondern es ist abgelehnt, überhaupt zu beschließen. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Bindungen dieser Beschluß erzeugen soll. Dem Antragsteller entsteht durch den Wegfall dieser sogenannten Beschlußanfechtung auch kein wesentlicher Nachteil, denn er kann seinen einklagbaren Anspruch auf Beschlußfassung - und nur darum geht es in der Entscheidung des BayObLG - jederzeit im Wege des § 43 Abs.1 Ziff.1 WEG durchsetzen.

Dann bleibt es aber bei dem Grundsatz, daß bei dem Antrag auf Feststellung der Ungültigkeit eines Beschlusses der Wohnungseigentümer gemäß § 43 Abs.1 Ziff.4 WEG kein besonderes Rechtsschutzinteresse vom Antragsteller nachzuweisen ist.

1) BayObLG, NJW 72, 1376

2) Bärmann-Pick, § 23, Rz.24

4) Bindung des Gerichts an den Antrag
analog § 308 ZPO

Im Zivilprozeß gilt als wesentlicher Grundsatz " ne eat iudex ultra petita partium ", das heißt, das Gericht ist an den Parteiantrag gebunden, es darf in seinem Urteilsspruch nicht darüber hinausgehen, § 308 ZPO. Inwieweit dieser Grundsatz auch in Wohnungseigentumssachen seine analoge Anwendung findet ist heftig umstritten.

Einig ist man sich nur insoweit, daß bei der Beschlufanfechtung gemäß § 43 Abs.1 Ziff.4 WEG die Bindung des Gerichts an den Antrag in vollem Umfang des § 308 ZPO besteht (1). Nach Auffassung des BayObLG (2) ergibt sich dies aus der gemäß § 23 Abs.4 WEG gesetzten Antragsfrist, die als Ausschußfrist der Rechtssicherheit diene. Sie könne dieser Aufgabe nur gerecht werden, wenn der Richter in seiner Entscheidungsbefugnis entsprechend § 308 ZPO auf die innerhalb der Antragsfrist gestellten Sachanträge beschränkt sei; daher dürfe sich die Erforschung des Willens des Antragstellers nicht über den erklärten Willen hinwegsetzen, denn der Entschluß, ob und inwieweit ein Beschluß der Wohnungseigentümer angefochten werde, müsse Sache der Beteiligten und nicht des Gerichts bleiben.

Die Rechtsprechung lehnt darüber hinaus aber eine analoge Anwendung des § 308 ZPO in Wohnungseigentumssachen ab. Nach Ansicht des OLG Frank-

1) Bärmann-Merle, § 44, Rz.12

2) BayObLG, NJW 74, 1910

furts (1) kann dieser Grundsatz in Verfahren nach den §§ 43 ff WEG keine uneingeschränkte Anwendung finden. Das BayObLG (2) führt aus, wobei die oben genannte Beschlußanfechtung ausdrücklich ausgenommen ist, daß das Gericht ohne Bindung an die Willenserklärung in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens eine sachgerechte Entscheidung zu finden habe.

Gegen eine Bindung des Gerichts analog § 308 ZPO in den sonstigen Wohnungseigentumssachen sprechen sich auch Bärmann-Merle (3) aus. Baur (4) lehnt allgemein für alle echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine analoge Anwendung des § 308 ZPO ab.

Jansen (5) und Keidel (6) dagegen differenzieren zwischen den einzelnen echten privatrechtlichen Streitverfahren. Sie gehen davon aus, daß der Antrag des Antragstellers in einigen echten Streitverfahren in einen reinen Verfahrensantrag, der nur auf Eröffnung des Verfahrens gerichtet ist und das Rechtsschutzziel nur allgemein angibt, und zusätzlich in ~~einen~~ Sachantrag aufzuspalten ist, der ein genaues und bestimmtes Rechtsschutzbegehren enthält. An letzteren Sachantrag sei das Gericht dann im Sinne von § 308 ZPO gebunden; wann dieser bestimmte Sachantrag zu stellen sei, ergebe sich jeweils aus dem Charakter und der Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensart. Nach Keidel ist dies zum Beispiel

1) OLG Frankfurt, NJW 61, 324

2) BayObLG, NJW 74, 1910

3) Bärmann-Merle, § 43, Rz.13 u. § 44, Rz.12

4) Baur, § 17 IV 1 a

5) Jansen, Vorb.v. §§ 8-18, Rdn.13

6) Keidel, JZ 53, 707

bei Hausratssachen, bei denen der Richter nach billigem Ermessen und regelnd zu entscheiden hat, nicht der Fall. Diese Ausführungen lassen den Schluß zu, daß Keidel auch bei den sogenannten Regelungsstreitigkeiten (1) des § 43 WEG eine Bindung mit ähnlicher Begründung ablehnt. Jansen hält beispielsweise einen Sachantrag mit entsprechender Bindungswirkung dann für erforderlich, wenn die Vermögensinteressen der Beteiligten im Vordergrund stehen.

Für eine Bindung des Gerichts an die Anträge in allen echten Streitverfahren sind dagegen Grunsky (2) und Zimmermann (3).

Habscheid (4) bejaht ausdrücklich für Wohnungseigentumssachen die analoge Anwendung des § 308 ZPO. Bärmann tritt in seinem Lehrbuch (5) zwar ebenfalls für eine Bindung des Gerichts analog § 308 ZPO ein, begrenzt die Auswirkungen aber wieder insoweit, als er bei Regelungsstreitigkeiten nicht jeden beliebigen Antrag zuläßt, sondern den Antragsteller den zu regelnden Gegenstand nur umreißen, nicht aber den Inhalt der Regelung genau vorschreiben läßt.

Bedenken ergeben sich einmal gegen die von Keidel und Jansen vorgenommene Unterteilung des Antrages in einen Verfahrens- und einen Sachantrag. Aus dem Gesetz läßt sich eine derartige Differenzierung nicht entnehmen. Bärmann (6)

1) Vgl. zu diesem Begriff Böttcher, S.89; Schlosser, Gestaltungsklagen, S.69 ff

2) Grunsky, § 6 II 1

3) Zimmermann, Rpfleger 67, 329 ff

4) Habscheid, § 45 II 3

5) Bärmann, § 13 II 2a u. § 50 IV 3a: "Das Gericht ist im allgemeinen an die Anträge gebunden."

6) Bärmann, § 13 II 2a

kritisiert diese Unterteilung als nicht glücklich, da es reine Verfahrensanträge, die nur auf die Eröffnung, nicht aber auch auf den Abschluß eines Verfahrens durch Entscheidung gerichtet sind, nicht gebe. Die Unterscheidung in zwei verschiedene Arten Anträge spiegelt im Grunde nur die Probleme, wie bestimmt der Antrag sein muß und inwieweit das Gericht an ihn gebunden ist, in einem anderen Licht wieder, ohne zu einer Lösung beizutragen.

Richtiger erscheint es, von einem einheitlichen Antrag auszugehen und als Ansatzpunkt für die Bindung des Gerichts analog § 308 ZPO an den Antrag die materielle Dispositionsbefugnis der Beteiligten untereinander zu nehmen. Sind die Beteiligten nach materiellem Recht untereinander uneingeschränkt Verfügungsbefugt, so ist nicht einzusehen, weshalb sie das Gericht nicht durch ihre Anträge binden können. Sachlich läuft dies nämlich auf ein ähnliches Ergebnis hinaus, wie es Keidel und Jansen mit der Notwendigkeit eines gesonderten Sachantrages erreichen wollen. Nur vermeidet man das "alles oder nichts", ob nämlich ein Sachantrag erforderlich ist und kann je nach Dispositionsbefugnis besser differenzieren. Wenn Jansen bei einem Streit um Vermögensinteressen eine Bindung des Gerichts befürwortet, so besteht gerade in diesen Fällen eine umfassende Dispositionsbefugnis der Beteiligten, und wenn Keidel auf den jeweiligen Charakter des Verfahrens abstellen will, so wird der Charakter eines Verfahrens gerade durch die materielle Dispositionsbefugnis geprägt.

In den Regelungsstreitigkeiten ist der Umfang der Dispositionsmaxime aber umstritten. Auf dem Gebiet der Hausratsverordnung beispielsweise hat die Rechtsprechung (1) entschieden, daß die Beteiligten das Gericht nicht auf die Verteilung einzelner Hausratsgegenstände beschränken könne; das Gericht habe den gesamten Hausrat zu regeln, soweit sich die Beteiligten nicht bereits über Gegenstände geeinigt haben. Dagegen weist Zimmermann (2) darauf hin, daß sich aus der Hausratsverordnung, insbesondere deren § 1, nicht ergebe, daß das Gericht über den gesamten Hausrat entscheiden müsse und die Dispositionsbefugnis der Beteiligten ausgeschlossen sei. Auch Habscheid (3) spricht sich für eine Bindung des Gerichts an den Antrag in Hausratsteilungsverfahren aus.

Gleiches muß für Wohnungseigentumssachen gelten, da sich auch hier dem Gesetz nicht entnehmen läßt, daß die Dispositionsbefugnis der Beteiligten eingeschränkt werden soll. Im Gegenteil kann man den §§ 43 Abs.2, 44 Abs.1 WEG und der Zulässigkeit eines gerichtlichen Vergleichs entnehmen, daß die materielle Disposition der Beteiligten Vorrang vor der Entscheidung des Richters haben soll. Ein öffentliches Interesse, das die Dispositionsfreiheit ausschließen könnte, besteht in Wohnungseigentumssachen nicht.

Will beispielsweise ein Wohnungseigentümer erreichen, daß in die Hausordnung eine Mittags-

1) BGHZ 18, 143; OLG Köln, JMB1 NRW 61, 123; vgl.auch Keidel, § 12, Rdn.9

2) Zimmermann, Rpfleger 67, 329 ff

3) Habscheid, § 51 I 2; ders., Rpfleger 57, 164, 170

zeit von 12 Uhr bis 14 Uhr aufgenommen wird, in der besondere Ruhe zu halten ist, so ist ihm möglicherweise mit einer vom Gericht angeordneten Mittagszeit von 14 Uhr bis 16 Uhr wenig gedient. Ergibt die Auslegung des Antrages, daß der Antragsteller nur über die beantragte Zeit entschieden haben will, so hat das Gericht nur die Wahl, diese Regelung zu erlassen oder den Antrag abzulehnen (1). Selbstverständlich können die anderen Beteiligten - etwa nach richterlichem Hinweis - einen Gegenantrag stellen; dieser kann ebenfalls ganz konkret sein oder allgemein auf eine gerichtliche Regelung der Mittagszeit hinauslaufen. Ergibt die Auslegung, daß allgemein nur eine richterliche Regelung gewollt ist, so hat das Gericht einen weiteren Ermessensspielraum als bei einem konkreten Antrag.

Die Bindung des Gerichts an einen bestimmten Antrag gilt um so mehr, als nach herrschender Meinung der Antrag jederzeit ohne Zustimmung des Antragsgegners zurückgenommen werden kann (2). Merkt nämlich der Antragsteller, daß der Richter eine von seinem Antrag abweichende Regelung erlassen will, so könnte er sofort den Antrag zurücknehmen und dadurch das Verfahren beenden. Dann muß er aber von vornherein den Richter durch seinen Antrag binden können.

Dem steht auch nicht entgegen, daß das Gericht gemäß den §§ 15 Abs.3, 43 Abs.2 WEG nach billigem Ermessen zu entscheiden hat. Denn das billige

1) Die Möglichkeit, wie im Zivilprozeß weniger zuzusprechen und den Antrag im übrigen abzuweisen, besteht natürlich auch hier. Insoweit ist entscheidend, ob ein "minus" oder ein "aliud" vorliegt.

2) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.24 m.w.N.

Ermessen kommt erst und nur innerhalb des gestellten Antrags zum Tragen, kann aber nicht darüber hinaus eine Ausdehnung beziehungsweise Überschreitung des Antrags rechtfertigen.

Bei Beachtung dieser Grundsätze ist dem häufig zitierten Beschluß des OLG Frankfurt (1) zu widersprechen. Dort lag in erster Instanz ein Antrag eines Wohnungseigentümers auf Verurteilung des Antragsgegners zur Unterlassung des Bespritzens mit Wasser oder anderer Belästigungen vor. Das Amtsgericht erließ einen Beschluß des Inhalts, daß beiden Parteien aufgegeben werde, dafür zu sorgen, daß zwischen den in der Hausgemeinschaft wohnenden Personen keinerlei Belästigung gleich welcher Art stattfinden könne. Sieht man davon ab, daß trotz des nach Auffassung des Gerichts als Notbehelf notwendigen Friedensgebots erhebliche Bedenken gegen die Bestimmtheit des Beschlusses bestehen, so war es fehlerhaft, dieses Gebot auch gegen den Antragsteller auszusprechen, ohne daß diesbezüglich ein Antrag vorlag. Das Gericht hätte unter Umständen auf die Möglichkeit eines Gegenantrags hinweisen können; wird dieser dann nicht erhoben, so verbietet der analog anzuwendende § 308 ZPO eine Verurteilung des Antragstellers (2).

In einem gewissen Gegensatz zu der oben genannten Rechtsprechung liegt aber auch das Verbot der Schlechterstellung des Beschwerdeführers, das die Rechtsprechung im Gegensatz zur erstinstanzlichen Bindung im Sinne des § 308 ZPO

1) OLG Frankfurt, NJW 61, 324

2) Bärmann, § 13 II 2 hält die Entscheidung ebenfalls für unzutreffend

für echte Streitverfahren anerkennt. So wird nach Auffassung des Kammergerichts (1) das Verbot der Schlechterstellung dadurch gerechtfertigt, daß es in diesen Verfahren in erster Linie um gegensätzliche, meist vermögensrechtliche Belange der Verfahrensbeteiligten geht. Das Gesetz räume ihnen daher freie Verfügung über den Verfahrensgegenstand ein; es könne jedenfalls nach der Interessenlage erwartet werden, daß die Beteiligten ihre Belange durch Einlegung von Rechtsmitteln selbst wahrnehmen.

Diese Grundsätze müssen ebenfalls in Wohnungseigentumssachen gelten, da auch hier eine freie Verfügungsbefugnis der Beteiligten untereinander besteht. Verboten ist aber eine Verschlechterung im Beschwerdeverfahren, so kann der Antragsteller auch nicht in erster Instanz ohne einen Gegenantrag verurteilt werden. Darin läge ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß § 308 ZPO in Wohnungseigentumssachen seine entsprechende Anwendung findet; dies gilt auch für die sogenannten Regelungsstreitigkeiten. Ergibt sich unter Berücksichtigung des Willens des Antragstellers und nach Auslegung seines Antrags, daß nur ein bestimmter Antrag auf eine bestimmte Regelung zur Entscheidung des Richters gestellt ist, so hat das Gericht nur die Wahl, diese Regelung zu erlassen beziehungsweise auf ein " minus " zu erkennen oder den Antrag abzuweisen.

1) KG, NJW 69, 436

Stellt der Antragsteller dagegen einen unbestimmten Antrag auf Regelung eines konkreten Sachverhalts, zum Beispiel auf Erlaß einer Hausordnung, so hat das Gericht innerhalb dieses Streit- beziehungsweise Verfahrensgegenstandes einen Ermessensspielraum. Dann greift § 308 ZPO analog erst ein, wenn der zu regelnde Verfahrensgegenstand überschritten wird.

5) Objektive Antragshäufung analog § 260 ZPO

§ 260 ZPO regelt die Möglichkeit, mehrere Ansprüche gegen einen Beklagten in einer Klage geltend zu machen. Nach einhelliger Meinung ist diese sogenannte objektive Klagenhäufung auch in echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anzuwenden (1).

Gründe, die eine Unanwendbarkeit des § 260 ZPO analog gerade in Wohnungseigentumssachen rechtfertigen, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil erscheint es sinnvoll, sämtliche Streitigkeiten in einem Verfahren konzentriert zu behandeln, um möglichst schnell einen Zustand des Rechtsfriedens zu erreichen.

Voraussetzung für eine objektive Antragshäufung ist auch in Wohnungseigentumssachen, daß das Gericht für sämtliche Ansprüche zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.

Bei der objektiven Klagenhäufung im Zivilprozeß differenziert man zwischen drei Möglichkeiten, der kumulativen, eventuellen und alternativen Klagenhäufung. In Wohnungseigentumssachen ist

1) Habscheid, § 7 IV 3; ders., Streitgegenstand, S.95 u.303; Grunsky, § 7 I

eine kumulative Antragshäufung ebenfalls möglich, wenn zum Beispiel ein Feststellungsbegehren mit einem Leistungsverlangen oder einer Gestaltungsbitte verbunden wird (1). Es besteht auch weitere Einigkeit, im gleichem Umfang wie im Zivilprozeß den bedingten beziehungsweise Eventualantrag zuzulassen (2). Das zivilprozessuale Problem, ob und wieweit zwischen Haupt- und Hilfsantrag ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang bestehen muß (3) oder ob jeder kumulativ zulässige Antrag auch eventuell gestellt werden darf (4), wird in Wohnungseigentumssachen seltener zu entscheiden sein, da dieser Zusammenhang bei großzügiger Betrachtungsweise durch die vorgegebene Beschränkung auf Wohnungseigentumssachen sehr häufig gegeben sein wird. Schließlich sei noch die alternative Klagenhäufung erwähnt. In den engen Grenzen, in denen die herrschende Meinung eine alternative Klagenhäufung im Zivilprozeß überhaupt zuläßt (5), ist diese auch in Wohnungseigentumssachen grundsätzlich möglich, wird aber praktisch kaum vorkommen.

Eine analoge Anwendung des § 260 ZPO ist daher in Wohnungseigentumssachen zu bejahen.

-
- 1) Vgl. Habscheid, Streitgegenstand, S. 95
 - 2) Bärmann, § 13 I 2; Keidel, § 11, Rdn. 9; Jansen, Vorb. v. §§ 8-18, Rdn. 13; OLG Celle, NJW 58, 307
 - 3) Schönke-Kuchinke, § 46 II
 - 4) Merle, ZZP 83, 439
 - 5) Blomeyer, § 42 III 1; Arens, JuS 64, 396; Grunsky, § 7 II 3; die meisten Fälle einer alternativen Klagenhäufung werden mit dem Hinweis auf die Dispositionsmaxime abgelehnt, wonach es nicht Aufgabe des Gerichts sei, den Streitgegenstand zu bestimmen.

Aus dem Gesichtspunkt des Zusammenhangs mit der objektiven Antragshäufung sei noch kurz erwähnt, daß das Gericht in den echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Teilentscheidungen analog § 301 ZPO erlassen kann (1). Ebenfalls sind Zwischenentscheidungen analog § 303 ZPO (2) und Entscheidungen über den Grund analog § 304 ZPO (3) für zulässig erachtet worden.

Diese Vorschriften sind in Wohnungseigentums-sachen ebenfalls analog anzuwenden, da Gründe für eine abweichende Behandlung nicht gegeben sind (4).

6) Antragsänderung analog §§ 263, 264 ZPO

Während die analoge Anwendung der zivilprozessualen Klagenhäufung in Rechtsprechung und Schrifttum unumstritten ist, besteht hinsichtlich der Klage- beziehungsweise Antragsänderung relativ viel Streit.

Der Streit richtet sich allerdings nicht gegen die Zulässigkeit der Antragsänderung an sich, sondern betrifft nur das Problem, ob die §§ 263, 264 ZPO mit ihrem Verbot beziehungsweise ihrer Erschwerung der Antragsänderung analog anwendbar sind.

Ein großer Teil der Literatur wendet sich gegen ein Verbot der Antragsänderung im Sinne von § 263 ZPO in den echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentumssachen (5).

1) BGH, NJW 58, 1540; Keidel, §§ 8-18, Vorb.4

2) BGH, DNotZ 65, 625, 631; Bärmann, § 19 II 1e; ders., AcP 154, 405

3) OLG Düsseldorf, NJW 70, 1137; Baur, § 22 B I 2d

4) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.34

5) Baur, § 17 IV 2; Bärmann, § 13 II 4a; Jansen, Vorb.v. §§ 8-18, Rdn.13; Bassenge, E I-2

Anderer Ansicht sind Grunsky (1), Habscheid (2), Keidel (3) und speziell für Wohnungseigentums-sachen Weitnauer-Wirths (4).

Die Rechtsprechung scheint für alle echten Streitverfahren zu einer analogen Anwendung der §§ 263, 264 ZPO zu tendieren. So wird in vielen Entscheidungen hinsichtlich der Zulässigkeit der Antragsänderung ausdrücklich auf die Sachdienlichkeit abgestellt (5). Das BayObLG hat jüngst in einer Beschwerdeentscheidung in Wohnungseigentumssachen (6) ausgeführt, daß die Beteiligten unter den Voraussetzungen der §§ 264, 529 a.F. ZPO bis zur Entscheidung über die Erstbeschwerde durch Antragserweiterung, Antragsänderung die Anfechtung eines während des gerichtlichen Verfahrens gefaßten Beschlusses der Wohnungseigentümer erklären können; da hier die Beteiligten über den Verfahrensgegenstand verfügen könnten, spreche nichts dagegen, wenn die Sachdienlichkeit gegeben sei oder der Gegner zustimme.

Eine analoge Anwendung der §§ 263, 264 ZPO ist in Wohnungseigentumssachen gerechtfertigt. Die Gegenmeinung bleibt eine Begründung schuldig. Es findet sich jeweils nur der Hinweis, ein Verbot der Antragsänderung im Sinne von § 263 ZPO bestehe nicht. Denkbar wäre aus der Sicht der

1) Grunsky, § 13 II 3

2) Habscheid, § 19 I 1 d; ders., Streitgegenstand, S.96 spricht von einem Verbot der Antragsänderung in abgeschwächter Form.

3) Keidel, §§ 8-18, Vorb.4; ders., JZ 53, 273 f

4) Weitnauer-Wirths, § 44, Anm.28

5) OLG Celle, Nds.Rpfleger 59,241; LG Düsseldorf, WM IV B 55,1298; OLG München, WM IV B 51,731

6) BayObLGZ 75, 53

Gegenmeinung eine Argumentation derart, daß eine Bindung an die Anträge für das Gericht nicht bestehe und daher das Gericht auch hinsichtlich einer Antragsänderung frei entscheiden könne. Wie bereits oben nachgewiesen wurde, stimmt aber bereits diese Ausgangsprämisse nicht; die Dispositionsfreiheit der Beteiligten bewirkt auch eine Bindung des Gerichts an die Festlegung des Verfahrensgegenstandes durch den Antragsteller.

Wesentlich für eine analoge Anwendung der §§ 263, 264 ZPO ist aber, daß die Interessenlage der Beteiligten in Wohnungseigentumssachen und im Zivilprozeß gleich ist (1). Die Entscheidungen in Wohnungseigentumssachen erwachsen nämlich in materielle Rechtskraft (2). Für den Antragsgegner besteht dann ein erhebliches Schutzbedürfnis, daß der Antragsteller nicht ohne weiteres einen Verfahrensgegenstand willkürlich der gerichtlichen Entscheidung entziehen und durch einen anderen ersetzen kann. Der Grundsatz der Waffengleichheit im Prozeß, der in allen Verfahrensordnungen Gültigkeit besitzt, gebietet es, daß der Antragsgegner den Antragsteller an seinem Antrag festhalten kann.

Eine unbeschränkte Antragsänderung ließe sich nur noch dann rechtfertigen, wenn der Antragsteller jederzeit seinen Antrag ohne Zustimmung des Gegners zurücknehmen könnte. Daß dies aber nicht der Fall ist, soll im folgenden Abschnitt nachgewiesen werden.

Die §§ 263, 264 ZPO sind daher auf die Antragsänderung in Wohnungseigentumssachen analog anzuwenden.

1) Ähnlich Grunsky, § 13 II 3

2) Dies ist heute unstreitig; vgl. Bärmann-Merle, § 45, Rz.68

7) Antragsrücknahme analog § 269 ZPO

Außer Streit ist, daß eine Antragsrücknahme in Wohnungseigentumssachen grundsätzlich möglich ist; dies ergibt sich aus der geltenden Dispositionsmaxime (1). Soweit nicht weitere Anträge vorliegen, führt die Antragsrücknahme zur Beendigung des Verfahrens. Die Rücknahme ist formlos gegenüber dem Gericht zu erklären (2).

a) Problematisch und sehr umstritten ist aber, ob § 269 Abs.1 ZPO auch insoweit entsprechend anzuwenden ist, als nach Verhandlung zur Hauptsache die Zustimmung des Antragsgegners für eine zulässige Rücknahme erforderlich ist.

Die wohl herrschende Meinung (3) lehnt die Zustimmungsbedürftigkeit allgemein für echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ab. Dem schließen sich Bärmann-Merle (4) für die Wohnungseigentumssachen an.

Lindacher (5), Habscheid (6) und Grunsky (7) dagegen ziehen aus der ähnlichen Interessenlage wie im Zivilprozeß für alle echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentumsachen den Schluß, daß das Rechtsschutzbedürfnis

1) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.24; ebenso allgemein für die echten Streitverfahren der FG BGH, NJW 59, 1323; Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.58; Baur, § 21 II 2; Unger, ZZP 34, 233, 315

2) Bärmann, § 18 I b

3) Bärmann, § 18 I b; Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.20; Keidel, § 12, Rdn.5; OLG Hamm, RdL 61, 205; LG Düsseldorf, Rpfleger 72, 450

4) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.24

5) Lindacher, Rpfleger 65, 41 ff

6) Habscheid, § 19 I d

7) Grunsky, § 8 II 2

des Antragsgegners es erfordere, möglichst vor neuen Verfahren gleichen Inhalts geschützt zu sein; dies sei auf Grund der materiellen Rechtskraft nur durch eine Antragsabweisung, nicht aber durch eine nicht in Rechtskraft erwachsende Antragsrücknahme möglich.

Auch die Rechtsprechung sieht die Notwendigkeit eines derartigen Rechtsschutzbedürfnisses in den echten Streitverfahren. Um diesen gleichen Schutz zu erreichen, beschreitet sie aber umständliche Wege, ohne die Konsequenz im Sinne der Zustimmungsbedürftigkeit der Antragsrücknahme zu ziehen. Beispielsweise erkennt das OLG Hamm (1) an, daß das Recht des Antragstellers auf Rücknahme seines Antrags durch ein berechtigtes Interesse eines Dritten eingeschränkt sein kann.

Das OLG Hamm weist auf die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage durch den Antragsgegner hin; in Anbetracht der Gefahr einer damit verbundenen Kostentragungspflicht kommt es aber dann zu dem Schluß, daß dem Antragsgegner das Recht zuerkannt werden müsse, die Abweisung eines nicht mehr gestellten Antrags zu erreichen. Dies läuft aber im Grunde auf nichts anderes hinaus, als daß der Antragsgegner die Antragsrücknahme durch seine Erklärung verhindern kann und bedeutet inhaltlich die Zustimmungsbedürftigkeit der Antragsrücknahme.

In ähnlicher Weise versucht das OLG Hamm in einer späteren Entscheidung (2), in Wohnungseigentumssachen den Mangel der Zustimmungsbedürftigkeit zu umgehen. Dort heißt es: " Ist ein Verfahren nach § 43 WEG mit einem bestimmten Antrag anhängig, dann fehlt einem Gegenantrag

1) OLG Hamm, RdL 60, 102 f

2) OLG Hamm, NJW 73, 2300

eines anderen Beteiligten, der dasselbe Begehren in entgegengesetzter Richtung verfolgt, nicht das Rechtsschutzbedürfnis." Diese Entscheidung, die den Grundsätzen des Zivilprozesses zu widerläuft, wird damit begründet, daß der Antragsteller jederzeit ohne Zustimmung des Antragsgegners seinen Antrag zurücknehmen und dadurch dem Verfahren seine Grundlage entziehen könne. Warum das Gericht dann aber nicht gleich den Schritt zur Zustimmungsbedürftigkeit der Antragsrücknahme macht, bleibt unerfindlich.

Ein Überdenken dieser Rechtsprechung scheint sich aber anzubahnen. Das Kammergericht (1) läßt die Frage ausdrücklich offen, ob der herrschenden Ansicht insoweit zu folgen ist oder ob und in welchen Fällen die Antragsrücknahme in echten Streitverfahren die Zustimmung anderer Beteiligten voraussetzt, da in dem zu entscheidenden Fall weitere Verfahrensbeteiligte nicht vorhanden waren.

Für Wohnungseigentumssachen ist der Mindermeinung zu folgen. Es ist nicht ersichtlich, warum der Antragsteller in Wohnungseigentumssachen bei einer für ihn drohenden negativen Entscheidung sich einfach einem rechtskräftigen Beschluß entziehen können soll. Erkennt man aber dieses Rechtsschutzbedürfnis an, vor neuen Verfahren gleichen Inhalts geschützt zu werden, so sollte man nicht die Umwege der oben genannten Rechtsprechung gehen, sondern konsequent die Zustimmungsbedürftigkeit der Antragsrücknahme nach Verhandlung zur Hauptsache analog § 269 Abs.1 ZPO bejahen (2).

1) KG, OLGZ 72, 64 ff

2) So auch für das Vertragshilfeverfahren
Mathieu, DNotZ 53, 371,377

In diesem Zusammenhang gilt es noch zu untersuchen, ob nur der Antragsgegner oder sämtliche Beteiligte ihre Zustimmung erklären müssen.

Es scheiden sicher diejenigen materiell Beteiligten aus, die sich nicht formell am Verfahren beteiligt haben; da die Klagerücknahme keine Rechtskraftwirkung entfaltet, sind sie insoweit nicht rechtsschutzbedürftig. Haben sich materiell Beteiligte aber auch formell am Verfahren beteiligt, so ist ihnen ein Rechtsschutzbedürfnis vor neuen Verfahren gleichen Inhalts zuzubilligen; ihre Zustimmung ist also erforderlich.

b) Hinsichtlich des Zeitpunkts der Antragsrücknahme gelten die gleichen Grundsätze wie im Zivilprozeß. Der Antrag kann somit noch in der Beschwerdeinstanz mit der Folge zurückgenommen werden, daß der noch nicht rechtskräftige Beschluß wirkungslos wird. Ebenso ist eine Zurücknahme des Antrags in Wohnungseigentumssachen zwischen den Instanzen zulässig (1) Dies entspricht allgemeiner Auffassung (2). Gegenteilige Ansichten beziehen sich nicht auf Wohnungseigentumssachen oder andere echte privatrechtliche Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit(3).

c) Bezüglich der Kosten kennt das Wohnungseigentumsgesetz in § 47 eine eigene Sonderregelung, die grundsätzlich allen anderen Bestimmungen vor-

1) Bärman-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.24

2) KG, OLGZ 72, 64 ff m.w.N.

3) Baur, § 21 II 2 c stimmt für echte Streitverfahren einer analogen Anwendung des § 269 Abs.3 Satz 1 zu. Vgl.auch Jansen, Vorb.v. §§ 8-18, Rdn.18

geht. Allerdings regelt diese Vorschrift nur die Kostentragungspflicht unter den Beteiligten (1).

Es fragt sich nun, ob nicht das billige Er-messen, das der Richter gemäß § 47 WEG seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat, eine sinn-gemäße Anwendung des § 269 Abs.3 Satz 2 ZPO er-fordert. Oft wird es allerdings der in § 47 WEG statuierten Billigkeit entsprechen, dem Antrag-steller, der seinen Antrag zurückgenommen hat, auch die Kosten aufzuerlegen. Dies ist aber nicht in dem Maße zwingend wie im Zivilprozeß. Gerade die außergerichtlichen Kosten hat nämlich jeder Beteiligte in Wohnungseigentumssachen grundsätz-lich selbst zu tragen (2).

Eine analoge Anwendung des § 269 Abs.3 Satz 2 ZPO derart, daß der Antragsteller zwingend die Kosten zu tragen hat, ist daher abzulehnen.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß § 269 ZPO insoweit analog anzuwenden ist, als eine Rücknahme des Antrags bis zur Rechtskraft grundsätzlich zulässig ist; nach Verhandlung zur Hauptsache ist allerdings gemäß § 269 Abs.1 ZPO analog die Rücknahme des Antrags nur noch mit Zustimmung des Antragsgegners beziehungsweise der anderen formell am Verfahren Beteiligten möglich. Die Kostenentscheidung richtet sich ausschließlich nach § 47 WEG.

1) Bärmann-Merle, § 47, Rz.2 u. § 48, Rz.2

2) BayObLGZ 65, 283, 290; BayObLG, Rpfleger 72, 144; BayObLGZ 73, 30

8) Verzicht analog § 306 ZPO

Im Zivilprozeß kann der Kläger in jeder Lage des Verfahrens durch Erklärung gegenüber dem Gericht auf seinen Anspruch verzichten (1). Ergeht ein Verzichtsurteil, so ist der Kläger im Gegensatz zur Klagerücknahme an einer Erneuerung des Prozesses gehindert; dem steht die Rechtskraft des Verzichtsurteils entgegen.

Noch ungeklärt ist, ob in Wohnungseigentums-sachen ein Verzicht des Antragstellers im Sinne des § 306 ZPO möglich ist. Jansen (2), Bassenge (3) und Pikart-Henn (4) vertreten die Auffassung, daß in allen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Verzicht nicht die verfahrensrechtlichen Folgen des § 306 ZPO habe. Dies gelte auch für Verfahren, deren Gegenstand der Verfügung der Parteien unterliege. Die ablehnende Haltung wird somit auch auf Wohnungseigentumssachen bezogen. Diese Ansicht wird damit begründet, daß es den Verfahrensgrundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit widerspreche, wenn das Gericht entsprechend § 306 ZPO Sachentscheidungen ohne Sachprüfung erlassen müßte. Auch Habscheid (5) verneint in seinem Studienbuch generell die bindende Wirkung des Verzichts und schließt dies offensichtlich aus der Geltung der Untersuchungsmaxime gemäß § 12 FGG.

-
- 1) Baumbach-Lauterbach, § 306, Anm.1: " Ein Verzicht ist auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz möglich."
 - 2) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.67; ders., § 12, Rdn.32
 - 3) Bassenge, Einl. III 2
 - 4) Pikart-Henn, S.77
 - 5) Habscheid, § 19 II 1, § 22 II 2 u. IV 2

Für eine analoge Anwendung des § 306 ZPO in allen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben sich Keidel (1), Bärmann (2), Baur (3), Grunsky (4) und Habscheid in seiner Untersuchung des Streitgegenstandsbegriffs (5) ausgesprochen.

Gleicher Auffassung sind ausdrücklich für Wohnungseigentumssachen Hubernagel (6) und Bärmann-Merle (7).

Zur Klärung dieses Problems für den Bereich der Wohnungseigentumssachen ist zunächst zu untersuchen, ob es tatsächlich einen dogmatischen Widerspruch zwischen Verzicht und Amtsaufklärungspflicht beziehungsweise Untersuchungsmaxime gemäß § 12 FGG gibt. Wie bereits oben näher dargelegt wurde, betrifft die Untersuchungsmaxime nur die Frage, wer für die Beschaffung der Tatsachen, die zur Stützung des Anspruchs erforderlich sind, verantwortlich ist. Der Verzicht dagegen bezieht sich nicht auf die Tatsachenebene, sondern hat allein den rechtlichen Anspruch als Bezugspunkt und liegt daher auf der rechtlichen Ebene. Dem Verzicht und in diesem Zusammenhang auch dem An-
erkenntnis auf der rechtlichen Ebene entspricht das Geständnis auf der tatsächlichen Ebene. Beide Ebenen sind aber strikt auseinanderzuhalten. Diese Trennung läßt sich auch nicht als

1) Keidel, § 12, Rdn. 111

2) Bärmann, § 18 II

3) Baur, § 18 III 2 b bb

4) Grunsky, § 9 III, Anm. 14

5) Habscheid, Streitgegenstand, S. 231 f

6) Hubernagel, § 43, Anm. 6

7) Bärmann-Merle, Vorb. v. § 43, Rz. 25 i. V. m. Bärmann, § 18 II

begriffsjuristisch abqualifizieren, da sie sich im gesamten Verfahrensrecht wiederfindet und § 12 FGG sich ausdrücklich nur auf Tatsachen bezieht. Bei der Antragsrücknahme disponiert der Antragsteller ebenfalls über den rechtlichen Anspruch; deren Zulässigkeit ist aber im Grundsatz völlig unstreitig und wird auch von denen anerkannt, die einen Verzicht im Hinblick auf § 12 FGG für unzulässig halten.

Ob eine unterschiedliche Dispositionsmöglichkeit auf rechtlicher und auf tatsächlicher Ebene sinnvoll und wünschenswert ist, soll an dieser Stelle noch nicht entschieden werden, sondern bedarf einer näheren Erörterung im Zusammenhang mit der Untersuchungsmaxime.

Interessant ist insoweit auch ein Blick auf die von der Untersuchungsmaxime geprägte Verwaltungsgerichtsordnung. Dort entspricht es ganz herrschender Meinung, einen Verzicht analog § 306 ZPO grundsätzlich anzuerkennen (1), wobei nur die Grenzen umstritten sind. Lücke (2) führt aus, daß die Zulässigkeit des Verzichts kein Widerspruch zu der Unvereinbarkeit der Geständniswirkung mit der Untersuchungsmaxime sei. Verzicht beziehungsweise Anerkenntnis seien gegenüber dem Geständnis kein " maius ", sondern ein " aliud ". Dies gilt selbstverständlich nicht nur für die Verwaltungsgerichtsordnung, sondern für das gesamte Verfahrensrecht.

Somit steht zumindest fest, daß dogmatisch ein Verzicht analog § 306 ZPO nicht der Untersuchungsmaxime des § 12 FGG widerspricht.

1) BVerwG, WM 63, 327; OVG Hamburg, NJW 77, 214; Kopp, § 86, Anm.4; Eyermann-Fröhler, § 86, Anm.3; Ule, § 28 II

2) Lücke, JuS 61, 45 f; zustimmend Schröder, JuS 61, 50

Ob nun eine entsprechende Anwendung des § 306 ZPO in Wohnungseigentumssachen auch geboten erscheint, ist damit allerdings noch nicht nachgewiesen. Dies muß an Hand der Dispositionsbefugnis der Beteiligten und auf Grund von Indizien, die das Wohnungseigentumsgesetz erkennen läßt, beurteilt werden.

Im Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz soll erreicht werden, daß zwischen den Beteiligten möglichst schnell und einfach der Rechtsfrieden wiederhergestellt werden kann. Zu diesem Zweck stellt § 44 WEG als oberstes Gebot das richterliche Hinwirken auf eine gütliche Einigung der Beteiligten beziehungsweise auf einen Vergleich auf. § 43 Abs.2 WEG läßt eine Vereinbarung oder einen Beschluß der Wohnungseigentümer der Entscheidung des Richters nach billigem Ermessen vorgehen. Bärmann-Merle (1) schließen daraus, daß der Richter das Recht der Wohnungseigentümer auf Vertragsfreiheit zu respektieren hat, auch wenn durch eine unzweckmäßige Gestaltung einer Vereinbarung eine unbillige Folge entstehen könne. Dies zeigt, daß die materielle Dispositionsbefugnis der Beteiligten Vorrang haben soll.

Dann entspricht es aber auch dieser gesetzlichen Wertung, daß der Antragsteller grundsätzlich auf seinen Anspruch verzichten kann. Die Grenzen ergeben sich im Hinblick auf die Rechtskraftwirkung *inter omnes*, das heißt unter allen materiell Beteiligten, in Wohnungseigentumssachen aus dem Umfang der materiellen Dispositionsbefugnis des Antragstellers. In gleichem Maße, wie ein Beteiligter einen Vergleich gemäß § 44 Abs.2 WEG abschließen kann - soweit er

1) Bärmann-Merle, § 43, Rz.40

nämlich über das Recht verfügen kann (1) -, ist auch ein Verzicht zulässig (2).

Die Beschränkung auf die materielle Dispositionsbefugnis ist auch keine Besonderheit der Wohnungseigentumssachen, sondern ein verfahrensrechtlicher Grundsatz, der auch im Zivilprozeß gilt. Auch dort kann ein Verzichts Urteil nicht ergehen, wo die Parteien nicht über das Rechtsverhältnis verfügen können (3). Besonders deutlich wird dies in dem vom gemäß § 616 ZPO allerdings eingeschränkten Amtsermittlungsgrundsatz beherrschten Eheverfahren nach den §§ 606 ff ZPO. Dort ist ein Verzicht zulässig, weil Dispositionen, die der Aufrechterhaltung der Ehe dienen, keinen Einschränkungen unterliegen. Ein Anerkenntnis dagegen ist aus den entgegengesetzten Gründen unzulässig (4).

In Wohnungseigentumssachen wird die Zulässigkeit eines Verzichts im Sinne von § 306 ZPO im Hinblick auf die Rechtskrafterstreckung gemäß § 45 Abs.2 WEG immer ausscheiden, wenn der antragstellende Wohnungseigentümer nicht das alleinige Verfügungsrecht über den Verfahrensgegenstand hat. In diesem Fall ist ein Verzicht nur durch sämtliche Verfügungsberechtigte möglich. Entsprechend stellt sich die Lage aber auch im Zivilprozeß bei der notwendigen Streitgenossenschaft gemäß § 62 ZPO dar (5).

-
- 1) Bärmann, AcP 154, 400: "Der Gegenstand des Vergleichs muß immer der Disposition der Vergleichsparteien unterliegen."
 - 2) Vgl. auch Josef, S. 361, 369
 - 3) Baumbach-Lauterbach, Einf. zu § 306, Anm. 2 C; RG 156, 75
 - 4) Henckel, S. 134
 - 5) Baumbach-Lauterbach, § 62, Anm. 4 A d

Verallgemeinernd stellt Habscheid (1) fest, daß die Dispositionsbefugnis im prozessualen Sinn das Gegenstück der bürgerlich-rechtlichen Verfügungsfreiheit sei, die ihrerseits aus der Vertragsfreiheit, der Privatautonomie, erwachse. Soweit materielle Verfügungsfreiheit herrsche, sei auch eine prozessuale Dispositionsbefugnis anzuerkennen. Wenn Arens (2) für den Zivilprozeß ausführt, daß es grundsätzlich auch im Prozeß der Wille der Parteien sei, der das Verfahren in Gang setze und durchführe, und er grundsätzlich um des Zusammenhanges mit den Interessen der Parteien willens auch als Grundlage anerkannt und soweit berücksichtigt werden sollte wie irgend möglich, so gilt dies mit gleicher Berechtigung auch für Wohnungseigentumssachen. Insoweit ist Grunsky (3) zuzustimmen, wenn er es für einen Widerspruch hält, einen Verzicht nach § 306 ZPO auszuschließen, wenn ein materieller Verzicht möglich ist.

Es bleibt daher festzuhalten, daß in Wohnungseigentumssachen § 306 ZPO grundsätzlich analog anwendbar ist.

1) Habscheid, Rpfleger 57, 164, 170

2) Arens, Willensmängel, S. 37 u. 223 ff; ders. geht in ZZP 83, 360 ff für den Zivilprozeß noch einen Schritt weiter: "Es ist nicht einzusehen, warum die Parteien das Gericht an die rechtliche Beurteilung bestimmter Einzelfragen nicht sollen binden können, während sie durch das volle Anerkenntnis die rechtliche Subsumtion insgesamt verhindern können."

3) Grunsky, § 9 II

9) Anerkenntnis analog § 307 Abs.1 ZPO

Ist in den aufgezeigten Grenzen die Entscheidung zu Gunsten der Zulässigkeit des Verzichts analog § 306 ZPO gefallen, so kann die Entscheidung bezüglich der Zulässigkeit des Anerkenntnisses analog § 307 Abs.1 ZPO nicht anders aussehen (1).

Unterschiede wie im Ehescheidungsverfahren, wo eine Disposition nur zur Erhaltung der Ehe, nicht aber zu deren Scheidung möglich ist, gibt es in Wohnungseigentumssachen insoweit nicht, als nur ein Verzicht, aber kein Anerkenntnis möglich wäre. Die Tatsache, ob ein Beteiligter Antragsteller oder Antragsgegner ist, beeinflusst die Möglichkeit der Disposition nicht.

Es kann daher auf die Ausführungen zum Verzicht verwiesen werden.

Soweit also der Anerkennende materiell über das im Streit befangene Recht verfügen kann, ist in Wohnungseigentumssachen ein Anerkenntnis analog § 307 Abs.1 ZPO zulässig (2).

-
- 1) Im Ergebnis ebenso für echte Streitverfahren der FG Schneider, ZZP 29, 137, der allerdings § 12 FGG als dogmatisch richtigen Bezugspunkt sieht; mangels "Streit" durch ein erfolgtes Anerkenntnis unter den Beteiligten sei dann aber § 12 FGG wegen fehlender "Erforderlichkeit der Amtsaufklärung" nicht verletzt.
 - 2) Vgl. statt vieler Grunsky, § 11 I und die Anmerkungen dieser Arbeit zum Verzicht; vgl. weiter Wolf, Anerkenntnis, S.101 ff für die VwGO

10) Vergleich

Keine gravierenden Probleme ergeben sich bei der Behandlung des gerichtlichen Vergleichs. Während für den Gesamtbereich der echten privatrechtlichen Streitverfahren die Zulässigkeit eines Prozeßvergleichs nicht völlig unumstritten ist (1), sieht das Wohnungseigentumsgesetz in den §§ 44 Abs.2 und 45 Abs.3 WEG die Möglichkeit eines Prozeßvergleichs ausdrücklich vor. Hinsichtlich seiner Form und Vollstreckung bedarf es keiner Analogie zu den Vorschriften des Zivilprozesses, da die §§ 44 Abs.2 und 45 Abs.3 WEG bereits eine Anwendung der entsprechenden zivilprozessualen Vorschriften anordnen. Somit sind bezüglich der Form eines gerichtlichen Vergleichs die §§ 159 ff ZPO anwendbar (2). Erforderlich ist weiter, daß der Vergleich zur Vollstreckung gemäß den §§ 724, 750 ZPO mit einer Vollstreckungsklausel versehen ist (3). Das Wohnungseigentumsgesetz verweist für die Zwangsvollstreckung auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Da die Zwangsvollstreckung dort umfassend und in sich geschlossen geregelt ist, sind sämtliche die Zwangsvollstreckung betreffenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung einschließlich der über die Rechtsbehelfe anzuwenden (4).

Der zulässige Inhalt eines Vergleichs ergibt sich hier wiederum aus der materiellen Dispositionsbefugnis der Beteiligten. So wird es häufig notwendig sein, wenn nämlich der Gegenstand des

1) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.81; Grunsky, § 11 II 3; Habscheid, § 22 II 3

2) Wienicke, § 44, Anm.2; Bärman-Merle, § 44, Rz.4

3) OLG Stuttgart, Rpfleger 73, 311

4) OLG Köln, NJW 76, 1322

Vergleichs alle Wohnungseigentümer als materiell Beteiligte betrifft, daß sämtliche Wohnungseigentümer beizuladen beziehungsweise beizuziehen sind, um einen Vergleich überhaupt zu ermöglichen (1).

11) Erledigung der Hauptsache

Wird im Zivilprozeß eine bisher zulässige und begründete Klage durch einen nach Klageerhebung eingetretenen Umstand unzulässig oder unbegründet, so können die Parteien gemeinsam die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache mit der Folge erklären, daß das Gericht an diese Erklärung gebunden ist. Das Gericht ist dann an einer Prüfung, ob tatsächlich eine Erledigung eingetreten ist, gehindert (2).

Stimmt der Beklagte einer Erledigungserklärung nicht zu, kann der Kläger eine einseitige Erledigungserklärung abgeben, wobei dann das Gericht darüber zu befinden hat, ob eine Erledigung tatsächlich eingetreten ist.

In der Zivilprozeßordnung ist die Erledigung der Hauptsache von der Sonderregelung des § 619 ZPO abgesehen nur in § 91 a ZPO im Zusammenhang mit der vom Gericht zu treffenden Kostenentscheidung geregelt. Eine analoge Anwendung von geschriebenen Zivilprozeßvorschriften scheidet in diesem Fall mangels ausführlicher geschriebener Regelung aus. Im Rahmen dieser Arbeit ist aber auf dieses Rechtsinstitut näher einzugehen, da es eine wichtige prozessuale Dispositionsmöglichkeit der Beteiligten regelt, Rechtsprechung und

1) Bärmann, AcP 154, 399 f; Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.27

2) Vgl.für den Zivilprozeß, Göppinger, Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache

Schrifttum im Zivilprozeß feste Grundsätze erarbeitet haben und das Problem einer analogen Anwendung dieser Grundsätze sich bei der Überprüfung der Dispositionsbefugnisse der Beteiligten in Wohnungseigentumssachen aufdrängt. Bereits aus § 20 a FGG ergibt sich, daß die Erledigung der Hauptsache in der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich möglich ist.

Die folgende Untersuchung soll danach untergliedert werden, ob das Gericht an eine beiderseitige Erledigungserklärung der Beteiligten gebunden ist, ob das Gericht von sich aus die Erledigung feststellen kann und ob eine einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers zulässig ist. Schließlich soll noch die Kostenfrage erörtert werden.

a) Bindung des Gerichts an eine beiderseitige Erledigungserklärung der Beteiligten

Es ist für die echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit umstritten, ob die Beteiligten das Gericht durch übereinstimmende Erledigungserklärung binden können. Dieses Problem wird von der Rechtsprechung und Literatur einheitlich für den Gesamtbereich der echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandelt.

Der Bayerische Ehrengerichtshof (1) hat sich gegen eine derartige Bindungswirkung ausgesprochen. Begründet wird die ablehnende Haltung damit, daß der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit herrschende Grundsatz der Amtsermittlung und freien Verfahrensgestaltung sich nicht mit der

1) BayObLG, Ehrengerichtl. Entscheidungen, IX, 153 f

Bindung an formelle Prozeßerklärungen der Beteiligten vertrage. Der Bundesgerichtshof (1) hat diese Frage offengelassen. Er läßt es ausdrücklich unentschieden, ob allein auf die Erledigungserklärung der Beteiligten abzustellen ist oder ob in streitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch im Falle übereinstimmender Erledigungserklärungen von Amts wegen zu prüfen ist, ob die Hauptsache tatsächlich erledigt ist.

Das Schrifttum tritt einmütig für die Bindung des Gerichts durch die Erklärung der Beteiligten in echten Streitverfahren ein. So betont Habscheid (2) ausdrücklich, daß sich das Gericht in diesem Fall auf die Kostenentscheidung zu beschränken und nicht nachzuprüfen habe, ob die Erledigung materiell eingetreten sei. Gleicher Ansicht sind Jansen (3), Keidel (4), Grunsky (5), Bärmann (6) und Müller-Tochtermann (7).

Für Wohnungseigentumssachen ist der Auffassung des Schrifttums zu folgen. Die Zulässigkeit der beiderseitigen Erledigungserklärung in der Hauptsache beruht auf der Dispositionsmaxime, die auch im Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz gilt. Kann der Antragsteller seinen Antrag grundsätzlich im Sinne von § 269 ZPO zurücknehmen und ist sogar ein Prozeßvergleich zulässig, der dem Gericht die materielle Prüfungsmöglichkeit nimmt,

1) BGH, NJW 68, 1725

2) Habscheid, § 22 II 5 a

3) Jansen, § 19, Rdn.36

4) Keidel, § 20 a, Rdn.7

5) Grunsky, § 12 IV

6) Bärmann, § 18 IV

7) Müller-Tochtermann, NJW 59, 421 f

so ist es nur konsequent, daß die Beteiligten den Verfahrensgegenstand auch durch eine beiderseitige Erledigungserklärung dem Gericht entziehen können. Wird somit in der Hauptsache von den Beteiligten kein Rechtsschutz mehr begehrt, so besteht in Wohnungseigentumssachen kein öffentliches Interesse, daß das Gericht weiter Rechtsschutz gewähren müßte.

Ein Blick auf die ebenfalls von der Dispositionsmaxime beherrschte Verwaltungsgerichtsordnung zeigt die Richtigkeit des Ergebnisses. Auch dort ist nach ganz herrschender Meinung (1) die beiderseitige Erledigungserklärung für das Gericht bindend.

Zweifelhaft könnte nur sein, ob in Wohnungseigentumssachen nicht auch die Möglichkeit der beiderseitigen Erledigungserklärung wie auch der Verzicht, das Anerkenntnis und der Vergleich durch die jeweilige materielle Dispositionsbefugnis begrenzt wird. Dies ist aber abzulehnen. Wie die Antragsrücknahme erwächst die beiderseitige Erledigungserklärung bezüglich der Hauptsache im Gegensatz zum Verzicht und Anerkenntnis nicht in Rechtskraft; die beiderseitige Erledigungserklärung steht auch nicht wie der Vergleich einem erneuten Verfahren entgegen. Daher besteht insoweit mangels Rechtskrafterstreckung auf formell nicht beteiligte Wohnungseigentümer kein derartiges Rechtsschutzbedürfnis.

Sind allerdings außer Antragsteller und Antragsgegner auch andere Wohnungseigentümer nicht nur materiell, sondern auch formell am Verfahren

1) BVerwG, DVBl 64, 874; Kopp, § 161, Anm.2; Eyermann-Fröhler, § 161, Anm.8; Redeker-v.Oertzen, § 107, Anm.16

beteiligt, so ist ihnen ein Rechtsschutzbedürfnis an einem rechtskräftigen Beschluß nicht abzusprechen, da sie nur so vor weiteren Verfahren gleichen Inhalts geschützt sind. Daher müssen sämtliche formell am Verfahren beteiligte Wohnungseigentümer gemeinsam die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache erklären. Das Ergebnis kann insoweit nicht anders als bei der Klagerücknahme sein.

b) Feststellung der Erledigung durch das Gericht ohne Antrag der Beteiligten

Nach Jansen (1) und Keidel (2) soll das Gericht in allen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch ohne beiderseitige Erledigungserklärung der Beteiligten beziehungsweise ohne einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers von sich aus die Erledigung der Hauptsache feststellen können. Gegen diese Auffassung wenden sich Bärmann (3) und Grunsky (4).

Es wurde oben festgestellt, daß das Gericht in Wohnungseigentumssachen grundsätzlich an den Antrag gebunden ist und ihn zu bescheiden hat. Die Amtsaufklärungspflicht beinhaltet nur die Erforschung des Sachverhalts, also der Tatsache, ob eine Erledigung eingetreten ist. Hat das Ge-

1) Jansen, § 19, Rdn.36

2) Keidel, § 20 a, Rdn.7

3) Bärmann, § 18 IV 3 a

4) Grunsky, § 12 IV; er rechnet Habscheid, § 22 II 5 b zu Unrecht für echte Streitverfahren zur Gegenmeinung; die von Grunsky zitierte Stelle bezieht sich nur auf andere Antragsverfahren außer den echten Streitverfahren und auf die übrigen Amtsverfahren.

richt die Erledigung erkannt, so hat es den Antrag abzuweisen. Die Antragsabweisung erwächst nämlich im Gegensatz zur Erledigung in der Hauptsache in Rechtskraft.

Falls dagegen das Gericht von sich aus die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache feststellen und erklären könnte, hätte es der Antragsteller in der Hand, mangels Rechtskraft eines derartigen Beschlusses jederzeit ein neues Verfahren gleichen Inhalts einzuleiten.

Eine Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch Beschluß von Amts wegen scheidet daher in Wohnungseigentums-sachen aus.

c) Einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers

Stimmt der Antragsgegner einer beiderseitigen Erledigungserklärung nicht zu, kommt eine einseitige Erledigungserklärung des Antragstellers in Betracht. Es entspricht allgemeiner Ansicht (1), daß diese in echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und, da Gründe für eine Ausnahme nicht ersichtlich sind, auch in Wohnungseigentumssachen zulässig ist. Wie im Zivilprozeß wird man auch in Wohnungseigentumssachen verlangen müssen, daß das Verfahren beziehungsweise der Antrag bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war (2). Das Gericht hat dann gemäß § 12 FGG von

1) KG, Rpfleger 59, 385; Bärmann, § 18 IV 3 b; Grunsky, § 12 IV

2) BGH, NJW 68, 991; Thomas-Putzo, § 91 a, Anm.7; Baumbach-Lauterbach, § 91 a, Anm.2

Amts wegen zu prüfen, ob die Erledigung tatsächlich eingetreten ist, und dies gegebenenfalls festzustellen oder den diesbezüglichen Antrag abzuweisen.

d) Kostenentscheidung

Im Zivilprozeß richtet sich die Kostenentscheidung bei der beiderseitigen Erledigungserklärung nach § 91 a ZPO und bei der einseitigen Erledigungserklärung nach § 91 ZPO. Das Wohnungseigentumsgesetz hat für die Kostenentscheidung in § 47 eine eigene Sonderregelung geschaffen. Hierbei ist zwischen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten zu trennen. Letztere hat grundsätzlich jeder Beteiligte selbst zu tragen; insoweit sind zivilprozessuale Vorschriften nicht entsprechend anwendbar. Ausnahmsweise kann das Gericht eine Erstattung anordnen und entscheidet dabei nach billigem Ermessen (1).

Bezüglich der Gerichtskosten beschließt das Gericht zwar auch nach billigem Ermessen; da aber das Gericht hier immer auszusprechen hat, wer in welchem Umfang die Kosten zu tragen hat, wird bei einer beiderseitigen Erledigungserklärung auch § 91 a ZPO aus Billigkeitsgründen analog heranzuziehen sein (2). Allerdings hat der Sach- und Streitstand nicht die unbedingt ausschlaggebende Bedeutung wie im Zivilprozeß, wo eine von den Erfolgsaussichten abweichende Entscheidung sehr selten ist.

Bei der einseitigen Erledigungserklärung ist § 91 a ZPO ebenfalls nur insoweit begrenzt anwend-

1) Bärmann-Merle, § 47, Rz.3

2) BayObLG, Rpfleger 65, 334 mit Anm.Diester, 335; Bärmann-Merle, § 47, Rz.11

bar, als der Grundgedanke, daß die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat, eine wesentliche Bedeutung hat, aber nicht zwingend ist (1).

Hinsichtlich der Gerichtskosten läßt sich daher festhalten, daß die Grundgedanken der §§ 91 a und 91 ZPO zwar bei der Entscheidung des Gerichts im Rahmen des billigen Ermessens des § 47 WEG zu berücksichtigen sind, aber andere Gründe auch eine abweichende Entscheidung rechtfertigen können. Es kann daher nicht von einer unbedingten analogen Anwendung der §§ 91 a und 91 ZPO nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache gesprochen werden.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß mit Ausnahme der Vorschriften über die Kostenentscheidung die zivilprozessualen Grundsätze über die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache in Wohnungseigentumssachen analog anzuwenden sind.

12) Gegenantrag analog § 33 ZPO

Die Erhebung eines Gegenantrags im Sinne der Widerklage des Zivilprozesses wird in Wohnungseigentumssachen allgemein für zulässig erachtet (2).

Voraussetzung ist analog § 33 ZPO, daß die Beteiligten identisch sind und zwischen Antrag und Gegenantrag ein rechtlicher Zusammenhang besteht (3). Im Zivilprozeß ist es hinsichtlich

1) BayObLGZ 73, 30; Bärman-Merle, § 47, Rz.7

2) Bärman-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.31; BayObLGZ 71, 313; Grunsky, § 14 II bejaht die Zulässigkeit eines Gegenantrags für alle echten Streitverfahren der FG.

3) So die h.M. für den Zivilprozeß; vgl.BGH 40, 185; 53, 92; Grunsky, § 14 III 1 m.w.N.; a.M. Baumbach-Lauterbach, § 33, Anm.1 m.w.N.; nach dieser Meinung begründet § 33 ZPO nur einen besonderen Gerichtsstand

der Identität der Parteien maßgeblich, daß der Kläger im Falle der Klage wie der Widerklage formell Partei ist, mag er auch für die Klage nicht aktiv legitimiert sein. In diesem Sinn bejaht das BayObLG (1) einen zulässigen Gegenantrag in Wohnungseigentumssachen auch, wenn er sich gegen den Verwalter selbst auf Grund von § 43 Abs.1 Ziff.2 WEG richtet, während der Verwalter nur als Prozeßstandschafter Antragsteller war. Darüber hinaus sollte, wenn der erforderliche Zusammenhang besteht, ein Gegenantrag auch dann zugelassen werden, wenn er sich nicht gegen einen formell Beteiligten wendet, sondern einen nur materiell Beteiligten zum Antragsgegner hat. Die materielle Beteiligtenstellung sollte für die Identität der Beteiligten ausreichend sein.

Die Rechtsprechung geht für Wohnungseigentumssachen allerdings noch über die zivilprozessualen Grundsätze hinaus. Das OLG Hamm (2) erachtet beispielsweise einen Gegenantrag für zulässig, der dasselbe Begehren des Antragstellers nur in entgegengesetzter Richtung verfolgt, da dieser seinen Antrag jederzeit zurücknehmen könne. Diese Rechtsprechung ist abzulehnen. Für einen derartigen Gegenantrag besteht in Wohnungseigentumssachen kein Rechtsschutzbedürfnis, da nach richtiger Ansicht eine einseitige Antragsrücknahme nach Verhandlung zur Hauptsache ohne Zustimmung des Antragsgegners nicht möglich ist.

§ 33 ZPO findet daher auf den Gegenantrag in Wohnungseigentumssachen seine entsprechende Anwendung.

1) BayObLGZ 71, 313, 324

2) OLG Hamm, NJW 73, 2300

13) Aufrechnung analog § 322 Abs.2 ZPO

Der Bundesgerichtshof hat bereits für Landwirtschaftssachen entschieden, daß in echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Prozeßaufrechnung im Sinne des § 322 Abs.2 ZPO möglich ist (1). Gleicher Ansicht sind Jansen (2) und Grunsky (3). Da sich die Zulässigkeit aus der Dispositionsmaxime ergibt, bestehen keine Bedenken, die Prozeßaufrechnung in Wohnungseigentumssachen ebenfalls grundsätzlich anzuerkennen (4). Ein Vergleich mit der Verwaltungsgerichtsordnung zeigt, daß auch dort über § 173 VwGO die Prozeßaufrechnung analog § 322 Abs.2 ZPO für zulässig erachtet wird (5). In Wohnungseigentumssachen gilt es aber besonders darauf zu sehen, daß die Forderungen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.

Problematisch ist allerdings, ob eine Aufrechnung dann zulässig ist, wenn die Gegenforderung nicht zur Zuständigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern des Prozeßgerichts gehört. Grunsky lehnt in diesem Fall für alle echten Streitverfahren eine Aufrechnungsmöglichkeit ab. Jansen und der Bundesgerichtshof in seiner oben genannten Entscheidung,

1) BGH, NJW 64, 863; vgl. auch KG, ZZP 86, 441, das auf die jeweilige Eigenart des echten Streitverfahrens abstellen will.

2) Jansen, § 12, Rdn.15

3) Grunsky, § 15 V

4) Vgl. jetzt auch BayObLGZ 76, 165 f: "Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft kann mit Forderungen aus dem Verwaltervertrag gegen ebensolche der Gemeinschaft aufrechnen."

5) Eyermann-Fröhler, § 121, Anm.42; Schunck-de-Clerck, § 121, Erl.3 c ff

die zwar eine Landwirtschaftssache betrifft, aber mit den Gründen auf alle echten Streitverfahren bezogen werden kann, sprechen sich für eine zulässige Aufrechnung aus, da die Trennung des Prozeßgerichts und des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht derart gravierend sei, sondern beide Bereiche der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet seien. Zur weiteren Begründung stellt der Bundesgerichtshof darauf ab, daß nach seiner Rechtsprechung das ordentliche Gericht auch über Gegenforderungen entscheiden könne, die dem Arbeitsgericht zugewiesen seien. Baur (1) bejaht eine " Aufrechnungszuständigkeit " kraft Sachzusammenhanges.

Die Parallele des Bundesgerichtshofs zu den arbeitsgerichtlichen Forderungen ist allerdings nicht ganz zwingend, denn im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht im Gegensatz zum Arbeitsgerichtsprozeß die Amtsaufklärungsmaxime. Dies dürfte aber kein entscheidender Hinderungsgrund sein, da das ordentliche Prozeßgericht in einigen Bereichen, zum Beispiel in Ehe- und Kindschaftssachen, statt der Verhandlungsmaxime ebenfalls die Untersuchungsmaxime anwenden muß.

Bedenken ergeben sich für Wohnungseigentums-sachen weiter daraus, ob nicht der Sinn der Zuweisung an die freiwillige Gerichtsbarkeit, nämlich Schnelligkeit und Vereinfachung des Verfahrens, durch eine Befrachtung mit anderen Gegenforderungen, die zur Aufrechnung gestellt werden, unterlaufen wird.

1) Baur, Festschrift für v.Hippel 1967, S.1 ff; abl.Grunsky, ZZP 86, 443 als Anm. zu KG, ZZP 86, 441

Dies dürfte zu verneinen sein, da ein sonst notwendiger zweiter Prozeß vor dem ordentlichen Prozeßgericht eine unnötige Belastung für die Beteiligten bedeuten würde. Das Argument der Schnelligkeit und Vereinfachung des Verfahrens ist gerade im vermögensrechtlichen Bereich, um den es bei der Aufrechnung nur geht, nicht von der Bedeutung, als wenn um andere Rechte und Pflichten der Beteiligten in Wohnungseigentums-sachen gestritten wird.

Einer analogen Anwendung der Prozeßaufrechnung gemäß § 322 Abs.2 ZPO auch mit der Möglichkeit der Aufrechnung mit einer Gegenforderung, die eigentlich vor das ordentliche Prozeßgericht gehört, ist daher zuzustimmen.

14) Schiedsvertrag analog § 1025 ZPO

Die Zulässigkeit eines Schiedsvertrags und die analoge Anwendung der §§ 1025 ff ZPO in Wohnungseigentumssachen und allgemein in allen echten Streitverfahren sind in Rechtsprechung und Schrifttum unumstritten.

Der Bundesgerichtshof (1) hat für Landwirtschaftssachen die analoge Anwendung der §§ 1025 ff ZPO bejaht. Aus den Gründen dieses Beschlusses ergibt sich, daß grundsätzlich in allen echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentumssachen ein Schiedsvertrag möglich ist (2). Die Grenzen sind hier wiederum die gleichen wie beim Vergleich; die Beteiligten müssen nach

1) BGHZ 6, 248, 253 ff

2) So auch Bärman, AcP 154, 397

materiellem Recht über den Verfahrensgegenstand verfügen können (1). Diese Voraussetzung gilt aber ebenso im Zivilprozeß.

Dieser Beschluß hat die einhellige Zustimmung des Schrifttums (2) gefunden, so daß sich ein weiteres Eingehen erübrigt.

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, daß die Vereinbarung von Schiedsgutachten in Wohnungseigentumssachen für zulässig gehalten wird (3).

15) Zuständigkeitsvereinbarungen analog
§§ 38 - 40 ZPO

Die örtliche und die sachliche Zuständigkeit werden im Wohnungseigentumsgesetz abschließend geregelt, so daß Zuständigkeitsvereinbarungen analog den §§ 38 - 40 ZPO ausscheiden. Dies entspricht absolut herrschender Ansicht (4).

Soweit Bärmann (5) für Wohnungseigentums-sachen örtliche Zuständigkeitsvereinbarungen für wünschenswert hält, ist dem nicht beizupflichten. Die Wahrscheinlichkeit des Wechsels der Wohnungseigentümer in größeren Wohnungseigentümergeinschaften, und die Möglichkeit der Beiladung noch nicht formell am Verfahren Be-

1) BGHZ 6, 248, 254

2) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz. 20; Weitnauer-Wirths, § 10, Anm. 14 c; Habscheid, ZZP 66, 188 ff; Grunsky, § 16 II m.w.N.; vgl. auch BayObLGZ 73, 1 ff

3) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz. 21

4) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz. 16; Palandt-Bassenge, § 43 WEG, Anm. 1; Keidel, Vor §§ 3 - 5, Rdn. 6; BayObLGZ 68, 233, 240

5) Bärmann, AcP 154, 394

teiligter durch das Gericht lassen einen ausschließlichen Gerichtsstand ratsam erscheinen.

Eine analoge Anwendung der Zuständigkeitsvereinbarungen gemäß den §§ 38 - 40 ZPO ist daher für Wohnungseigentumssachen abzulehnen.

16) Ruhen des Verfahrens analog § 251 ZPO

Der Antrag an das Gericht, gemäß § 251 ZPO das Ruhen des Verfahrens anzuordnen, beruht auf der Dispositionsmaxime (1).

Es besteht daher Einigkeit, daß in echten Streitverfahren § 251 ZPO entsprechend anzuwenden ist (2). Habscheid spricht von einer Pflicht des Gerichts, auf Antrag der Beteiligten das Ruhen des Verfahrens anzuordnen, wenn zwischen den Beteiligten Vergleichsverhandlungen schweben. Er begründet dies damit, daß das Gericht eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits jederzeit zu fördern habe (3).

Gründe, die eine analoge Anwendung des § 251 ZPO gerade in Wohnungseigentumssachen ausschließen, sind nicht gegeben.

Ein Blick auf die Verwaltungsgerichtsordnung zeigt, daß auch dort § 251 ZPO über § 173 VwGO entsprechend anzuwenden ist (4).

Zu beachten ist in Wohnungseigentumssachen besonders, daß hier sämtliche formell am Verfahren Beteiligte den Antrag stellen beziehungsweise ihm zustimmen müssen. Ein derartiges

1) Brüggemann, S.103

2) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18,Rdn.44; Keidel, § 12, Rdn.52; Baur, § 14 IV 3; Pikart-Henn, S.81

3) Habscheid, § 22 III 3

4) BVerwG, NJW 62, 1170

Rechtsschutzbedürfnis ist ihnen aus den gleichen Gründen wie bei der Antragsrücknahme zuzubilligen. Entsprechendes gilt aber auch im Zivilprozeß (1).

§ 251 ZPO ist somit in Wohnungseigentums-sachen analog anzuwenden.

17) Verlust des Rügerechts analog § 295 ZPO

In den echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit können die Beteiligten analog § 295 Abs.1, 1.Alternative ZPO auf die Geltend-machung eines Verfahrensverstoces durch ausdrück-liche oder stillschweigende Erklärung verzichten, soweit ein Verstoß nicht gemäß § 295 Abs.2 ZPO analog unverzichtbar ist. Insoweit besteht über-wiegend Einigkeit (2).

In Wohnungseigentumssachen bestehen diesbe-züglich keine Besonderheiten. Ein derartiger Rügeverzicht berührt insbesondere nicht die Unter-suchungsmaxime, sondern die Zulässigkeit leitet sich aus der Dispositionsmaxime ab (3). So findet § 295 ZPO auch in Bereichen des Zivilprozesses seine Anwendung, in denen die Untersuchungsmaxime herrscht (4). Ebenso gilt § 295 ZPO in der Ver-waltungsgerichtsordnung über § 173 VwGo ent-sprechend (5).

-
- 1) Baumbach-Lauterbach, § 251, Anm.2 A a
 - 2) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.62 u. § 27, Rdn.41; Habscheid, § 7 III 1; Lindacher, Rpfleger 66, 199; OLG Hamm, OLGZ 68, 334; KG, OLGZ 69, 89; a.M. Schlegelberger, § 27, Rdn.5; Keidel, § 27, Rdn.15; wohl einschränkend Fenn, ZZP 77, 309
 - 3) Brüggemann, S.103
 - 4) Wieczorek, § 295, A I b
 - 5) BVerwG, NJW 61, 379; Hauelsen, NJW 65, 191 f

Schwierigkeiten bestehen allerdings darin, ob in Wohnungseigentumssachen auch § 295 Abs.1, 2. Alternative ZPO analog anzuwenden ist. Hierbei handelt es sich nämlich nicht um einen vermuteten Verzicht, sondern das Unterlassen ist ein selbständiger Heilungsgrund und bedarf keines Verzichts-willens (1). Die ganz herrschende Meinung bejaht allgemein für die echten Streitverfahren eine volle Anwendbarkeit des § 295 Abs.1, 2. Alt. ZPO (2).

Dem ist für Wohnungseigentumssachen mit folgenden Einschränkungen zuzustimmen. Bei der Frage, ob einem Beteiligten der Verfahrensverstoß bekannt war oder bekannt sein mußte, ist immer zu beachten, daß in Wohnungseigentumssachen kein anwaltlicher Vertretungszwang besteht und eine anwaltliche Vertretung auch gerade nicht notwendig sein soll. Es muß daher im Einzelfall auf den jeweiligen Beteiligten abgestellt werden, ob er den Verfahrensverstoß hätte erkennen können, das heißt letztlich, ob ihm das Unterlassen der Rüge schuldhaft oder nicht schuldhaft zugerechnet werden muß (3). Zwar reicht dafür Fahrlässigkeit aus, es dürfen aber keine überspannten Anforderungen an die Beteiligten gestellt werden.

Mit einer derartigen zurückhaltenden Auslegung des Begriffs " kennen müssen " ist § 295 ZPO in Wohnungseigentumssachen analog anwendbar.

-
- 1) Baumbach-Lauterbach, § 295, Anm.2 c
 - 2) Jansen, Vorb.v. §§ 8-18, Rdn.62 u. § 27, Rdn.41; Habscheid, § 7 III 1; Lindacher, Rpfleger 66, 199; a.M. Schlegelberger, § 27, Rdn.5; Keidel, § 27, Rdn.15
 - 3) So auch für den Verwaltungsprozeß Haueisen, NJW 65, 191 f

Zusammenfassung:

Im einzelnen ergibt sich auf Grund vorstehender Untersuchung folgendes Bild.

§ 253 ZPO ist hinsichtlich der Form und des notwendigen Inhalts des Antrags nicht analog anzuwenden; ausreichend ist die Erkennbarkeit eines konkreten Streit- beziehungsweise Verfahrensgegenstands. In diesem Zusammenhang ist die Notwendigkeit des Vorliegens eines Rechtsschutzbedürfnisses des Antragstellers und die richterliche Hinweispflicht auf Stellung richtiger Anträge analog § 139 ZPO zu bejahen.

Gerichtsstandsvereinbarungen analog den §§ 38 - 40 ZPO sind auf Grund der abschließenden Regelung des Wohnungseigentumsgesetzes ausgeschlossen.

Die Möglichkeit eines Prozeßvergleichs zwischen den Beteiligten (in den Grenzen ihrer materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis) und die Anwendung der entsprechenden zivilprozessualen Formvorschriften wird bereits in den §§ 44 Abs.2 und 45 Abs.3 WEG angeordnet.

Folgende Vorschriften der Zivilprozeßordnung sind in Wohnungseigentumssachen ebenfalls analog anwendbar:

- § 308 - Bindung des Gerichts an den Antrag
- § 260 - Objektive Antragshäufung
- §§ 263, 264 - Antragsänderung

- § 269 - Antragsrücknahme (mit Ausnahme der Kostenbestimmungen)
- § 306 - Verzicht (in den Grenzen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Verzichtenden)
- § 307 Abs.1 - Anerkenntnis (in den Grenzen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Anerkennenden)
- §§ 1025 ff - Schiedsvertrag (in den Grenzen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis)
- § 251 - Ruhen des Verfahrens
- § 295 - Verlust der Verfahrensrüge

Es gelten weiterhin die zivilprozessualen Grundsätze über die Widerklage analog § 33 ZPO für die Zulässigkeit eines Gegenantrags, über die Aufrechnung analog § 322 Abs.2 ZPO und über die beiderseitige und einseitige Erledigungserklärung des Rechtsstreits in der Hauptsache mit Ausnahme der Kostenentscheidung.

Die Untersuchung hat somit eine umfangreiche Analogie zivilprozessualer Vorschriften und Grundsätze erbracht, soweit Rechtsvorschriften beziehungsweise Rechtsinstitute erörtert wurden, die die Dispositionsmaxime betreffen.

II. Analoge Anwendung zivilprozessualer Vorschriften im Hinblick auf die Untersuchungsmaxime

1. Grenzen der Untersuchungsmaxime in Wohnungseigentumssachen

Die grundsätzliche Geltung der Untersuchungsmaxime (Inquisitionsmaxime, Amtsaufklärungsgrundsatz) in Wohnungseigentumssachen ergibt sich aus der Verweisung des § 43 WEG auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und somit auf § 12 FGG. Hiernach hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. § 12 FGG legt also dem Gericht nicht nur die Pflicht auf, hinsichtlich der Beweisaufnahme von Amts wegen vorzugehen, sondern beauftragt das Gericht, auch die maßgeblichen Tatsachenfeststellungen zu treffen.

a) Undurchführbarkeit einer reinen Untersuchungsmaxime

Der erste Blick auf diese Vorschrift zeigt bereits, daß eine strikte und strenge Anwendung in der Praxis für die Gerichte in Wohnungseigentumssachen und anderen echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht möglich ist. Das Gericht hat in den echten Streitverfahren nicht den Organisationsapparat, um ohne eine umfangreiche Mithilfe der Verfahrensbeteiligten die notwendigen Tatsachen für seine Entscheidung herausfinden zu können. In anderen

Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zum Beispiel in Vormundschaftssachen, stehen dem Gericht staatliche Fürsorgestellen zur Tatsachenaufklärung zur Verfügung. Im ebenfalls von der Untersuchungsmaxime geprägten Strafprozeß werden die Tatsachen von der Staatsanwaltschaft als staatlicher Behörde miteingeführt. In den echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen scheiden derartige Möglichkeiten aus. Es besteht nicht einmal eine gesetzliche Regelung im Sinne von § 86 Abs.1 VwGO, wonach die Beteiligten zur Sachverhaltserforschung heranzuziehen sind.

Da aber ohne eine Mithilfe der Verfahrensbeteiligten eine Tatsachenaufklärung nicht möglich ist, ist die Durchführung einer reinen Untersuchungsmaxime in Wohnungseigentumssachen nicht praktikabel.

Bevor aber einzelne zivilprozessuale Vorschriften auf ihre analoge Anwendbarkeit überprüft werden können, ist zu untersuchen, ob dogmatische Gründe einer Einschränkung der Untersuchungsmaxime zu Gunsten der Verhandlungsmaxime entgegenstehen. Dazu ist es notwendig, das Verhältnis von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verfahrensrecht und speziell im Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz zu klären.

b) Verhältnis von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verfahrensrecht

Eine Betrachtungsweise, die in echten privatrechtlichen Streitverfahren die Untersuchungsmaxime als allein maßgebliche Verfahrensmaxime

für die Einführung des Tatsachenstoffs sieht, ist aber auch aus anderen Gründen verfehlt. Dies bedeutet nämlich eine Überschätzung der Bedeutung einer gesetzlich angeordneten Verfahrensmaxime für die Tatsachenaufklärung. In allen Verfahrensordnungen ist auch immer die konträre Maxime, der Gegenpol, zu beachten.

In der Praxis der Gerichte zeigt sich eine starke Annäherung beider Grundsätze. So bewegt sich der Zivilprozeß durch eine umfassende richterliche Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO und die Möglichkeit des Gerichts, sämtliche Beweise mit Ausnahme des Zeugenbeweises auch ohne Antrag der Parteien zu erheben, in Richtung Untersuchungsmaxime, während die freiwillige Gerichtsbarkeit durch die verstärkte Betonung der Mitwirkungspflicht der Beteiligten sich der Verhandlungsmaxime annähert (1).

In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, auf die dogmatische Bedeutung und die gegenseitige Abhängigkeit von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime näher einzugehen.

Beide Verfahrensgrundsätze beziehen sich auf die Verantwortlichkeit für die Einführung und Feststellung des Tatsachenstoffs innerhalb des Streitgegenstands des Verfahrens. Es würde eine zu einseitige Fixierung bedeuten, aus der Tatsache, daß in einer Verfahrensordnung nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich die Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime gilt, zu schließen, daß damit entweder allein das Gericht oder nur die Verfahrensbeteiligten die Verantwortung für die Einführung des Tatsachenstoffs tragen. Es entspricht nämlich allgemeiner Auf-

1) Vgl. Baur, § 1 III 3a; Grunsky, SS 18 II, 19 I; Bärmann, AcP 154, 386 f u. 412 f; ders., § 15 III; Kollhosser, S. 115 f m.w.N. u. 404; Jauernig, § 25 VII, VIII

fassung, daß die gesetzliche Anordnung und Geltung eines derartigen Verfahrensgrundsatzes keinen Absolutheitsanspruch beinhaltet. So vertritt Henckel(1) die Ansicht, daß sich das Prozeßrecht nicht unter diese Begriffe pressen lasse, sondern die Maximen vielfach aufgelockert und durchbrochen seien. Grunsky (2) spricht davon, daß diese Verfahrensgrundsätze häufig nicht " chemisch rein " durchgeführt seien. Nach der Auffassung Hagens (3) kommen diese Modelltypen kaum vor, sondern die verschiedenen Verfahrensarten würden bald diesem, bald jenem Extrem zuneigen, wonach eine gleitende Skala die richterliche Ohnmacht (und Parteienherrschaft) mit der vollkommenen Amtsgewalt (und Parteienohnmacht) verbinde. Auch Schultzenstein (4) kommt bei seiner Erörterung über das Verhältnis von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime zu dem Schluß, daß eine jener beiden Maximen in ihr nicht mit allen ihren Folgen durchgeführt, sondern nach der Seite der anderen hin und zu deren Gunsten abgeschwächt sei. Ähnlich beurteilt Sauer (5) das Verhältnis beider Verfahrensmaximen. Der Unterschied von Strafprozeß- und Zivilprozeßordnung bestehe im Grunde nur darin, daß hier Verhandlungs- und dort Untersuchungsmaxime den Ausgang bilde. Immer sei eine Ergänzung durch das gegenteilige Prinzip notwendig; andernfalls würde der Prozeß eine Lücke zeigen. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime ergänzten sich.

1) Henckel, S.118 f

2) Grunsky, § 2

3) Hagen, Elemente, S.55

4) Schultzenstein, ZZP 43, 301,307

5) Sauer, S.66 f

Denn ein Prozeß verlangt seiner Idee nach beide Prinzipien. Ihr Gegensatz sei ein gradueller, kein prinzipieller. Schließlich sei auch noch auf die Ansicht Kollhossers (1) hingewiesen; hier- nach sagen beide Prinzipien aus, ob das Überge- wicht von Macht und Verantwortung für die Sachauf- klärung beim Gericht oder bei den Parteien liege.

c) Eingeschränkte Untersuchungsmaxime in
Wohnungseigentumssachen

Nimmt man nun das Bild einer Skala mit dem einen Ausgangspunkt einer reinen Untersuchungs- maxime und dem Gegenpol der reinen Verhandlungs- maxime, so stellt sich die Frage, in welchem Bereich der Skala die Angelegenheiten der frei- willigen Gerichtsbarkeit und im Rahmen dieser Arbeit insbesondere die Wohnungseigentumssachen als echte privatrechtliche Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegen.

Wegen der Verschiedenartigkeit der in der frei- willigen Gerichtsbarkeit geregelten Verfahren wird die Antwort nicht einheitlich ausfallen. Dies ergibt sich allerdings nicht schon daraus, wie teil- weise behauptet wird, daß bei der Kodifizierung des Gesetzes über die Angelegenheiten der frei- willigen Gerichtsbarkeit echte Streitverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht vor- kamen. Beispiele für derartige echte Streitver- fahren, die bereits damals vom Gesetzgeber der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen wurden, sind die Aufhebung der Beschränkung oder der Aus-

1) Kollhossner, S.16f

schluß der Schlüsselgewalt gemäß den §§ 1357 Abs.2 BGB, 53 FGG und die vom Gesetz abweichende Art des Pfandverkaufs gemäß den §§ 1246 Abs.2 BGB, 166 FGG (1). Es ist allerdings richtig, daß das FGG auf echte Streitverfahren nicht zugeschnitten ist, sondern im wesentlichen als Verfahrensordnung für den sogenannten klassischen Bereich beziehungsweise die Fürsorgeverfahren konzipiert ist.

Bereits § 1 FGG deutet an, daß die Antwort für den Gesamtbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht einheitlich ausfallen kann. Dort heißt es nämlich, daß allgemeine Vorschriften des FGG, und somit auch die Amtsaufklärungspflicht gemäß § 12 FGG, nur gelten, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Schon hieraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber sich bewußt war, zumindest aber die Möglichkeit offengelassen hat, daß der Amtsermittlungsgrundsatz nicht überall mit gleicher Intensität zu gelten hat.

Relativierungen oder Ausnahmen von der Untersuchungsmaxime können sich somit einmal aus dem Gesetz selbst ergeben. So gilt der Amtsermittlungsgrundsatz beispielsweise nicht im Grundbuchantragsverfahren (2). Weitere Einschränkungen finden sich in den §§ 87 Abs.2, 99, 154 FGG und 2354 bis 2356 BGB. Hier müssen die Parteien beziehungsweise die Beteiligten die notwendigen Unterlagen auf Verlangen des Gerichts oder grundsätzlich von sich aus beibringen.

1) Jansen, Vorb.v. §§ 8-18, Rdn.54; Schlegelberger, § 12, Anm.7; Weißler, Einl.IV 1 c; Bärmann, § 4 II 1; ders., AcP 154, 387; de Boor, S.268

2) Jansen, § 12, Rdn.2 m.w.N.

§ 1 FGG umfaßt aber nicht nur Ausnahmen, die gesetzlich ausdrücklich festgelegt sind, sondern eröffnet weiterhin die Möglichkeit, daß sich " eine andere Bestimmung " im Sinne des § 1 FGG mittelbar aus dem Sinnzusammenhang anderer gesetzlicher Vorschriften ergibt (1).

Bestimmen nun die §§ 44, 45 WEG die Notwendigkeit eines gerichtlichen " Sühneversuchs " und die Möglichkeit eines gerichtlichen Vergleichs, so wurde bereits oben nachgewiesen, daß hieraus auf eine umfassende prozessuale Dispositionsbefugnis der Beteiligten über den Verfahrensgegenstand zu schließen ist, die, soweit die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis reicht, einen materiell rechtskräftigen Verzicht und ein Anerkenntnis umfaßt.

Der konsequent nächste Schritt ist, daß dann nicht nur über den Verfahrensgegenstand auf der rechtlichen Ebene disponiert werden kann, sondern daß sich aus dem Sinnzusammenhang der oben genannten Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes auch eine Dispositionsbefugnis auf der Tatsachenebene ergeben kann (2). Aus diesem Sinnzusammenhang läßt sich daher eine Zurückdrängung der Untersuchungsmaxime zu Gunsten der Verhandlungsmaxime befürworten und dogmatisch rechtfertigen. Dies heißt aber nicht, daß damit die Untersuchungsmaxime bedeutungslos geworden ist, sondern sie

1) Baur, § 18 III 2 b

2) Ähnlich auch Baur, § 18 III 2 b, der von einer Dispositionsbefugnis über den Prozeßgegenstand wie über den Prozeßstoff spricht.

entfaltet ihre Wirkung immer dann, wenn die Beteiligten oder ein Beteiligter nicht materiell voll dispositionsbefugt sind oder eine an sich zulässige Disposition unterbleibt.

Soweit eine Disposition über Tatsachen abgelehnt wird, wird dies lediglich mit dem Hinweis auf die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts gemäß § 12 FGG begründet (1). Eine nähere Untersuchung des Umfangs beziehungsweise des Geltungsbereichs dieser Amtsaufklärungspflicht bleibt aus.

Andererseits besteht aber völlige Einigkeit darüber, daß in Wohnungseigentumssachen neben der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts eine Mitwirkungspflicht der Beteiligten in Gestalt einer echten prozessualen Darlegungs- und Förderungslast besteht (2). Bei deren schuldhafter Verletzung kann das Gericht seinerseits unter Umständen von weiteren Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts absehen. Die Rüge einer Verletzung der Amtsaufklärungspflicht seitens des Gerichts kann dann insoweit von dem Betroffenen nicht mehr mit Erfolg erhoben werden. Dies bedeutet aber nichts anderes als eine Einschränkung einer reinen Untersuchungsmaxime.

-
- 1) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.25;
Bärmann, § 15 I,II; Jansen, Vorb.v. §§ 8-18,
Rdn.68
 - 2) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.23;
eine derartige Mitwirkungspflicht besteht in
allen echten Streitverfahren der FG, vgl.
BGHZ 16, 383; Jansen, § 12, Rdn.6; Bärmann,
§ 15 III 2 a; Kollhosser, S.113, 134

Die Möglichkeit einer Disposition über Tatsachen ist bereits von Schultzenstein (1) für die echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bejaht worden. Er trennt zwar nicht scharf zwischen einer Disposition auf rechtlicher Ebene, also im Bereich der Dispositionsmaxime, und einer Disposition auf der Tatsachenebene, schließt aber ausdrücklich beide Ebenen mit in die Dispositionsbefugnis der Beteiligten ein. Schultzenstein geht sogar soweit, daß er letztlich nicht mehr die Untersuchungsmaxime, sondern eine eingeschränkte Verhandlungsmaxime für maßgebend hält. Stellt man sich beide Maximen als Endpunkte einer gleitenden Skala vor, so ist die Definition, ob man von einer zu Gunsten der Verhandlungsmaxime eingeschränkten Untersuchungsmaxime spricht oder umgekehrt, von geringer Bedeutung. Die Definition einer eingeschränkten Untersuchungsmaxime hat allerdings die Intention des FGG, nämlich die Amtsaufklärungspflicht gemäß § 12 FGG als Ausgangspunkt zu nehmen, für sich.

Für eine einschränkende Auslegung des § 12 FGG in echten Streitverfahren tritt auch Grunsky (2) ein. Nach seiner Ansicht läßt sich dies zwar nicht aus dem Wortlaut des § 12 FGG herleiten,

1) Schultzenstein, ZZP 43, 333: "Es kann daher, wenn auch trotzdem der § 12 FGG noch an sich anzuwenden sein mag, dies doch nur unter gewissen Voraussetzungen und mit manchen Begrenzungen geschehen, so daß die maßgebende Maxime nicht die Untersuchungsmaxime, sondern die Verhandlungsmaxime, wenngleich beschränkt, aber doch immer noch die Verhandlungsmaxime ist."

2) Grunsky, § 18 III

eine derartige Auslegung sei aber zur Erzielung vernünftiger Ergebnisse zulässig.

Schlosser (1) befürwortet ebenfalls, daß die Amtsaufklärungspflicht in echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit völlig ausgeschlossen sein kann. Nach seiner Auffassung dient der Amtsermittlungsgrundsatz hier nicht der Erforschung der Wahrheit im öffentlichen Interesse, sondern dient dem Zweck, den Parteien zu helfen, den ihnen günstigen Tatsachenstoff zügig vorzutragen. Es bestehe kein größeres Interesse am Ausgang des Verfahrens als im sonstigen "normalen" Zivilprozeß. Es könne daher nicht Sinn des Amtsermittlungsgrundsatzes in echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sein, solche Tatsachen zu ermitteln und zu verwerten, welche alle Beteiligten - wissend um ihre Bedeutung - unberücksichtigt haben wollten. Die materielle Verfügungsbefugnis der Beteiligten kann danach die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts zu Gunsten der Verhandlungsmaxime einschränken beziehungsweise insoweit aufheben.

Eine weitere dogmatische Rechtfertigung einer einschränkenden Auslegung des § 12 FGG läßt sich daraus herleiten, daß § 12 FGG von "erforderlichen" Ermittlungen spricht. So läßt sich vertreten, daß bei einer Disposition der Beteiligten über die Tatsachen im Rahmen ihrer Verfügungsbefugnis kein Streit mehr zwischen den Beteiligten

1) Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S.23

diesbezüglich besteht und eine gerichtliche Aufklärung insoweit nicht mehr erforderlich ist (1). Eine Aufklärung im öffentlichen Interesse scheidet von vornherein aus.

Ähnlich argumentiert auch Kollhosser (2). Er geht in seiner Analyse der Sachaufklärungspflicht des Gerichts davon aus, daß nach der ursprünglichen Konzeption des FGG den " Sachbeteiligten " lediglich die Position von Auskunftspersonen (Zeugen) zugedacht worden sei. Dagegen sei diese Konzeption heute überholt, und die privaten Beteiligten seien heute schon aus Gründen eines vollwertigen Verfahrensrechtsschutzes als mitwirkungsberechtigte Subjekte am Verfahren zu beteiligen. Damit müßten sie aber auch zur Sachverhaltsaufklärung beitragen. Dies rechtfertige sich immer dann, wenn die Aufklärung eines Sachverhaltspunktes ausschließlich im Interesse eines Verfahrensbeteiligten liege, zum Beispiel bei echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. In solchen Fällen habe eine über das Beteiligtenvorbringen hinausgehende gerichtliche Sachaufklärungstätigkeit den Charakter einer Rechtsfürsorge für den begünstigten Verfahrens Beteiligten. Rechtsfürsorge verdiene aber nur der, der zunächst das ihm selbst Zumutbare zur Wahrnehmung seiner Interessen getan habe, hier also derjenige, der einen ihm möglichen und zumutbaren Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung geleistet habe. Wenn er dem nicht nachkomme, entfalle die Rechtfertigung für eine darüber hinausgehende Fürsorge des Gerichts für seine Angelegenheiten.

1) Ähnlich Schneider, ZZP 29, 96, 137

2) Kollhosser, S. 132 ff

Kollhosser kommt so zu einer sehr starken Mitwirkungspflicht der Beteiligten. Er lehnt aber ausdrücklich ab, daß das Gericht im Einzelfall nicht über das Beteiligtenvorbringen hinausgehen darf, da die Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts nicht verdrängen, sondern ergänzen solle (1). Eine tiefere Begründung, warum die Amtsaufklärungspflicht nicht im Einzelfall durch Dispositionsakte der Beteiligten völlig zurückgedrängt werden kann, bleibt er aber schuldig.

Dies ist um so unverständlicher, als Kollhosser die Zurückdrängung der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts auch damit begründet, daß dies auf den allgemeinen Rechtsgedanken zurückzuführen sei, der im " sozialen Rechtsstaat " das gesamte Verhältnis des Bürgers zum Staat in seinen verschiedenen Ausformungen beherrsche: Der Gedanke der Subsidiarität der Staatshilfe (Daseinsvorsorge) und der Vorrang der Selbstverantwortung (Selbsthilfe mit den gesetzlich zulässigen Mitteln) (2).

Es muß dann aber die Schlußfolgerung gerechtfertigt sein, daß im Einzelfall die gerichtliche Amtsaufklärungspflicht bei einer Disposition der Beteiligten innerhalb ihrer materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis entfallen kann.

So werden denn auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine uneingeschränkte Geltung des

1) Kollhosser, S.135

2) Kollhosser, S.139 f

Amtsermittlungsgrundsatzes in echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltend gemacht (1). Eine Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes ergebe sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut, aber aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes. Der Herrenchiemseer Entwurf habe den folgenden Satz an die Spitze gestellt: " Jedermann hat die Freiheit, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten alles zu tun, was anderen nicht schadet." Diese Formulierung sei zwar nicht in die endgültige Fassung des Grundgesetzes übernommen worden, wohl aber die darin enthaltene Wertung (2). Hieraus folgert Lang (3), daß dieser Grundsatz auf dem Gebiet des Prozeßrechts besage, daß grundsätzlich Handlungsfreiheit der Parteien, also die Verhandlungsmaxime zu herrschen habe, daß die Untersuchungsmaxime dagegen einer besonderen Rechtfertigung aus der sozialen Gebundenheit der Parteien bedürfe.

Eine derartige soziale Gebundenheit scheidet aber sicher aus, wenn die Verfahrensbeteiligten nach materiellem Recht frei verfügen können.

In diesem Zusammenhang ist es notwendig, auf das Verhältnis von materiellem Recht und prozessualen Recht hinzuweisen. Es entspricht herrschender Auffassung (4), daß ein funktionaler

1) Lang, VerwA 1961, 60 ff

2) Vgl. auch BVerwG, NJW 57, 297: "Es waren nicht rechtliche Erwägungen, sondern sprachliche Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, die ursprüngliche Fassung "Jeder kann tun und lassen, was er will" durch die jetzige Fassung zu ersetzen."

3) Lang, VerwA 1961, 60 ff

4) Baur, Richtermacht, S.107; Hagen, Verfahrenslehre, S.79; Grunsky, § 3 II

Zusammenhang zwischen Verfahrensgegenstand und Verfahrensgestaltung besteht. Hagen (1) spricht insoweit von materiellrechtlichen Implikationen, die für die Geltung von verschiedenen Verfahrensmaximen verantwortlich sind. Da nach seiner Ansicht die Besonderheiten der im einzelnen unterschiedlichen Verfahrensgegenstände Abweichungen gegenüber den üblichen Verfahrensprinzipien bedingen können, warnt Hagen vor einer pauschalen Verwertung der als dominierend erkannten Verfahrensmaxime.

Auf die freiwillige Gerichtsbarkeit übertragen bedeutet dies, daß eine materiellrechtliche Verfügungsbefugnis in echten Streitverfahren eine Einschränkung der Untersuchungsmaxime rechtfertigen kann. Die materiellrechtlichen Bestimmungen einzelner Verfahrensgegenstände beziehungsweise ganzer in der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelter Verfahren können somit trotz § 12 FGG einzelne Ausprägungen der Verhandlungsmaxime bewirken.

Es entspricht daher den materiellrechtlichen Implikationen der Wohnungseigentumssachen, daß in den Verfahren nach § 43 ff WEG die Dispositionsmaxime auf der rechtlichen Ebene grundsätzlich ihre volle Gültigkeit entfaltet.

Es ist aber nicht sinnvoll, daß auf der rechtlichen Ebene die Dispositionsmaxime gilt und auf der Tatsachenebene die Untersuchungsmaxime einschränkungslos bestehen bleibt. Wenn also die Verfahrensbeteiligten materiellrechtlich

1) Hagen, Verfahrenslehre, S.79

verfügungsbefugt sind und auch prozessual durch Vergleich, Anerkenntnis und Verzicht rechtlich über den Verfahrensgegenstand mit entsprechender Rechtskraftwirkung disponieren können, spricht nichts dafür, ihnen Einwirkungsmöglichkeiten auf der Tatsachenebene grundsätzlich zu verwehren.

Bei voller Geltung der Dispositionsmaxime ist daher die Untersuchungsmaxime gemäß § 12 FGG Einschränkungen unterworfen. Die dogmatischen Gründe, die dies nicht nur *de lege ferenda*, sondern bereits *de lege lata* ermöglichen (1), wurden oben dargestellt.

Für die Grenzen einer Einschränkung der Untersuchungsmaxime zu Gunsten der Verhandlungsmaxime müssen aber jeweils die Besonderheiten des Verfahrens, hier der Wohnungseigentumssachen, beachtet werden.

Die Zuweisung der Wohnungseigentumssachen in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beruht hauptsächlich auf verfahrensrechtlichen Zweckmäßigkeitsgründen (2). Hierbei ist unter anderem auch die grundsätzliche Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 12 FGG von Bedeutung. Einmal sollte den Verfahrensbe-

1) So allgemein für die echten Streitverfahren der FG Grunsky, § 18 III; Kollhosser, S.396, der unter anderem die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit betont.

2) Vgl.zur Entstehungsgeschichte des WEG Bärmann,Kommentar, 1.Auflage, Einl.III S.65 ff vor § 1; Bärmann-Merle, Einf. § 43, Rz.1; Diester, Vorb.III vor § 1; Weitnauer-Wirths, Vorb. 11a vor 1; vgl.auch die amtlich nicht veröffentlichte Begründung zu dem Regierungsentwurf des WEG (BRats Drucksache 75/51) abgedruckt bei Weitnauer-Wirths, Anh.IV

teiligten dadurch die Regelung ihrer Streitigkeiten erleichtert und auf einen auch nur faktischen Anwaltszwang verzichtet werden. Zum anderen ist die amtswegige Aufklärung der Tatsachen von besonderer Bedeutung, wenn - wie in Wohnungseigentumssachen sehr häufig - eine Mehrheit von Beteiligten durch die gerichtliche Entscheidung betroffen wird. Gemäß § 45 Abs.2 WEG entfaltet nämlich die gerichtliche Entscheidung formelle und materielle Rechtskraft unter sämtlichen Beteiligten im Sinne von § 43 Abs.4 WEG (1). Die Amtsaufklärungspflicht soll daher sämtliche materiell Beteiligte vor einer unrichtigen Entscheidung schützen. Insoweit kommt der Untersuchungsmaxime in Wohnungseigentumssachen große Bedeutung zu.

Die vorausgegangene Untersuchung hat somit ergeben, daß keine grundlegenden dogmatischen Gründe einer Einschränkung der Untersuchungsmaxime zu Gunsten der Verhandlungsmaxime trotz § 12 FGG entgegenstehen, sondern daß bei materiellrechtlicher Verfügungsbefugnis auch Dispositionen auf der Tatsachenebene grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind.

Welche konkreten Auswirkungen der Verhandlungsmaxime in Wohnungseigentumssachen bestehen und welche zivilprozessualen Ausprägungen der Verhandlungsmaxime analog anzuwenden sind, soll nachfolgend untersucht werden.

1) Bärmann-Merle, § 45, Rz.68

2) Subjektive Beweislast analog § 282 Abs.1 ZPO

Aus dem umfangreichen Gebiet des Beweisrechts, dessen Ausgestaltung maßgeblich durch die jeweilige Geltung der Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime beeinflusst wird, soll hier nur das Problem der subjektiven Beweislast beziehungsweise Beweisführungslast (1) eingehender behandelt werden.

Andere Fragen des Beweisrechts wurden bereits von Kollhosser (2) für den Gesamtbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingehend untersucht. Für Wohnungseigentumssachen ergeben sich insoweit keine Besonderheiten.

Über die Entwicklung des Beweisrechts in den echten privatrechtlichen Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentumssachen soll daher an dieser Stelle nur ein kurzer Überblick gegeben werden. Es wird dann zu prüfen sein, ob sich aus der neueren Entwicklung des Beweisrechts Konsequenzen für das Problem der subjektiven Beweislast in Wohnungseigentumssachen ergeben.

Die überkommene Auffassung sah im Gesamtbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Verfahrensbeteiligten lediglich als Objekte des Verfahrens an (3). Heute dagegen werden die Beteiligten einhellig als Subjekte des Verfahrens anerkannt (4). Als Subjekten des Verfahrens stehen ihnen damit umfangreiche Rechte und Pflichten

1) Vgl. die Begriffsbestimmung bei Grunsky, § 19 I

2) Kollhosser, S. 111 ff

3) Vgl. die Darstellung bei Kollhosser, S. 19 ff

4) Jansen, Wandlungen, S. 19 ff

im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens zu. So entspricht es ganz herrschender Meinung, daß in Wohnungseigentumssachen (1) wie auch in allen anderen echten Streitverfahren (2) eine echte prozessuale Förderungspflicht in Gestalt einer Darlegungs-, Behauptungs- beziehungsweise Informationslast besteht. Teilweise wird eine derartige Pflicht auf sämtliche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgedehnt (3).

Auch hinsichtlich der Auswahl der Beweismittel kündigt sich zumindest für die echten Streitverfahren eine Änderung der Auffassungen an. Während früher der Freibeweis als Beweisart im Vordergrund stand, wird heute zunehmend die Ansicht vertreten, daß in den echten Streitverfahren die zivilprozessualen Regeln des Strengbeweises grundsätzlich anzuwenden seien (4). Insoweit bestehe kein Unterschied mehr zum "normalen" Zivilprozeß. Über den Wortlaut des § 15 FGG hinaus wird heute auch der Beweis durch Urkunde und durch Partei- beziehungsweise Beteiligtenvernehmung anerkannt, wobei auch die eidliche Beteiligtenvernehmung zulässig ist (5).

1) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.23

2) BGHZ 16, 378,383; Habscheid, § 19 IV 5; Bärmann, § 15 III 2a u. § 17 II

3) Kollhosser, S.132 ff; Jansen, § 12, Rdn.6 bejaht eine Informationslast für alle Antragsverfahren

4) Richter, Rpfleger 69, 261 ff; Wütz, S.117; Bärmann, § 16 III; Habscheid, § 21 II 3; Grunsky, § 42 I 2; Kollhosser, S.199 fordert dies für alle verfahren der FG; Peters, S.72 ff, 109,162 u.191f will den Freibeweis auch in Verfahren mit Untersuchungsmaxime nur in ganz engen Grenzen zulassen.

5) Habscheid, § 21 II

Eine ähnliche Entwicklung ist ebenfalls beim Beweisanspruchsrecht der Verfahrensbeteiligten zu verzeichnen, wenngleich die noch herrschende Meinung ein derartiges das Gericht bindendes Anspruchsrecht für die echten Streitverfahren verneint (1). Kollhosser (2) und Grunsky (3) dagegen treten für ein Beweisanspruchsrecht der Verfahrensbeteiligten in allen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit den im Zivilprozeß bestehenden Einschränkungen ein. In diesen Grenzen sei das Gericht verpflichtet, eine von einem Verfahrensbeteiligten gewünschte Beweisaufnahme vorzunehmen.

Die zivilprozessualen Grundsätze über die Beweisvereitelung werden in Wohnungseigentumssachen ebenfalls analog angewandt (4).

Der vorstehende Überblick zeigt, daß im Beweisrecht zumindest der echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der Wohnungseigentumssachen eine starke Annäherung an die zivilprozessualen Grundsätze stattgefunden hat. Dies wird mit der Ähnlichkeit und Gleichwertigkeit des Zivilprozesses mit den echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem daraus resultierenden gleichwertigen Rechtsschutzbedürfnis der Verfahrensbeteiligten gerechtfertigt.

Diese Tendenz der Angleichung beider Verfahrensordnungen im Beweisrecht wirft die Frage auf, ob in den echten Streitverfahren, und im

1) BGH, NJW 63, 1972 f; Bärman, § 16 I 6; Jansen, § 12, Rdn. 74; a.A. wohl KG, WM 56, 1361 ff

2) Kollhosser, S. 217, 264

3) Grunsky, § 42 II 2

4) BayObLGZ 73, 145, 149

Rahmen dieser Arbeit speziell in Wohnungseigentumssachen, eine subjektive Beweislast der Beteiligten zu bejahen ist.

Nach Rosenberg (1) ist zwischen einer objektiven und einer subjektiven Beweislast zu trennen. Diese Begriffe werden nicht ganz einheitlich verwandt; so wird statt von objektiver Beweislast von materieller Beweislast oder Feststellungslast gesprochen. Gemeint ist hiermit, zu wessen Nachteil die Nichtbeweisbarkeit beziehungsweise die Nichtfeststellbarkeit von streitigen Tatsachen geht; mit anderen Worten, welche Partei oder welcher Verfahrensbeteiligter die negativen Folgen eines " non liquet " zu tragen hat.

Es entspricht einhelliger Auffassung (2), daß eine derartige objektive Beweislast in allen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht. Insbesondere ist das Bestehen einer objektiven Beweislast unabhängig von der jeweiligen Geltung der Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime. So kennt auch die Verwaltungsgerichtsordnung eine objektive Beweislast (3).

Demgegenüber wird die subjektive Beweislast, auch Beweisführungslast genannt, fast einstimmig abgelehnt. Unter subjektiver Beweislast ist die Last einer Partei oder eines Verfahrensbeteiligten zu verstehen, für streitige Tatsachen den Beweis antreten zu müssen. Die herrschende Meinung (4)

1) Rosenberg, S.11 ff

2) BayObLG, NJW 63, 158; Habscheid, § 21 III 2; Baur, § 16 V; Grunsky, § 19; Jansen, § 12, Rdn.9; a.A.OLG Neustadt, JZ 62, 417 ff m.Anm.Habscheid

3) Kopp, § 108, Anm.5

4) KG, NJW 63, 766; Bärmann, § 16 I 3; Habscheid, § 21 III 1; Jansen, § 12, Rdn.9

folgt nun aus der in § 12 FGG statuierten Untersuchungsmaxime, daß die Beweisführung die alleinige Sache des Gerichts sei und eine subjektive Beweislast daher in allen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der echten Streitverfahren ausscheide.

Nur Grunsky (1) ist gegenteiliger Auffassung. Er will für echte Streitverfahren eine subjektive Beweislast der Verfahrensbeteiligten anerkennen, soweit die Beteiligten nach materiellem Recht frei über die im Streit befangenen Rechte verfügen können.

Bei einer Verfahrensordnung mit rein durchgeführter Untersuchungsmaxime ist sicherlich eine subjektive Beweislast ausgeschlossen, da es gerade zum Wesen einer reinen Untersuchungsmaxime gehört, daß dem Gericht die alleinige Verantwortung für die Einführung des Tatsachenstoffs und die Beweisaufnahme obliegt. Es wurde aber bereits oben festgestellt, und dies ist im Grundsatz heute unstreitig, daß in Wohnungseigentums-sachen eine reine Untersuchungsmaxime nicht besteht, sondern daß den Verfahrensbeteiligten eine Mitwirkungspflicht in Gestalt einer Behauptungslast beziehungsweise Darlegungslast obliegt (2).

Wenn weiterhin die subjektive Beweislast sich nur als ein Unterfall einer umfassenden Mitwirkungspflicht darstellt und neben dieser Mitwirkungspflicht keine selbständige Bedeutung besitzt (3), so bestehen dogmatisch keine grundsätzlichen Hindernisse, de lege lata eine subjektive Beweislast für Wohnungseigentumssachen

1) Grunsky, § 19 III

2) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz. 23

3) Vgl. Redeker, NJW 66, 1777 ff

zu bejahen. Es zeigt sich auch hier, daß die Unterschiede von Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime keine prinzipiellen, sondern nur graduelle sind. Je umfassender die Mitwirkungspflichten in einem Verfahren angesehen werden, um so eher wird eine subjektive Beweislast zu bejahen sein.

Da es aber in Wohnungseigentumssachen an festen erkennbaren Bestimmungen fehlt, die die Grenzen der Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten festlegen, bleibt nur eine wertende Auslegung und Bestimmung der Mitwirkungspflichten im Verfahren, um das Problem einer subjektiven Beweislast lösen zu können.

Hierbei ist grundsätzlich auch der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Wenn dieser Wille für eine Auslegung nicht unbedingt zwingend ist, so ist er doch um so mehr zu achten, wenn es sich, wie beim Wohnungseigentumsgesetz, um ein derart " junges Gesetz " handelt. Auf der anderen Seite sind gerade die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und insbesondere die echten Streitverfahren vom Gesetzgeber nur unvollständig geregelt und lassen einer Weiterentwicklung der Verfahrensordnung durch Wissenschaft und Praxis viel Raum (1).

Der Gesetzgeber wollte durch die Zuweisung der Wohnungseigentumssachen an die freiwillige Gerichtsbarkeit ein einfaches und unkompliziertes Verfahren zur Verfügung stellen (2), das für die

-
- 1) Vgl. Kollhosser, S.3 ff u.54; Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit 1961, S.396 ff; Bärmann, § 12 I; Baur, § 16 I
 - 2) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.1: "Nur spontan empfundene Zweckmäßigkeit und der allgemeine Zug der Gesetzgebung waren letzten Endes für die Zuweisung zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschlaggebend."

Regelung dieser Streitigkeiten besser geeignet ist als die Zivilprozeßordnung. Die Motive des Gesetzgebers sprechen mehr dafür, daß der Antragsteller oder ein anderer Verfahrensbeteiligter nicht allein deshalb zwingend mit einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens belastet werden soll, weil er seine Tatsachenbehauptungen nicht formell durch Beweisantritt zu Beweis gestellt hat, während andererseits das Gericht ohne Mühe durchaus in der Lage wäre, seinerseits eine Beweisaufnahme anzuordnen. Dies wäre ein prozessualer Formalismus, der sich mit einem für die Beteiligten einfachen und unkomplizierten Verfahren nicht vereinbaren ließe.

Behauptet beispielsweise der Antragsteller, daß der Antragsgegner durch den Handwerker A. eine im Sinne von § 22 Abs. 1 WEG unzulässige bauliche Veränderung am gemeinsamen Eigentum (1) vorgenommen habe, und bestreitet der Antragsgegner, daß er dem Handwerker A. den Auftrag hierzu erteilt habe, so entspricht es einer vereinfachten Verfahrensordnung, daß das Gericht auch ohne förmlichen Beweisantritt die Vernehmung des Handwerkers A. als Zeugen anordnen kann.

Das Gericht soll gerade durch § 12 FGG ermächtigt werden, den Beteiligten zu helfen und sie bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen. Da auch insbesondere der faktische Zwang, sich mangels Prozeßrechtskenntnis einen Rechtsanwalt nehmen zu müssen, ausgeschaltet werden soll, ist die Notwendigkeit eines Beweisantritts der Verfahrensbeteiligten abzulehnen. Eine subjektive

1) Vgl. hierzu OLG Stuttgart, NJW 70, 102 f

Beweislast¹ würde eine unnötige Erschwerung für die rechtssuchenden Beteiligten in Wohnungseigentumssachen darstellen. Das Gericht kann daher auch ohne förmlichen Beweisantritt seitens eines Beteiligten von sich aus eine Beweisaufnahme anordnen.

Es bleibt aber zu beachten, daß den Beteiligten eine Mitwirkungspflicht in Gestalt einer Darlegungs- und Behauptungslast obliegt, so daß das Gericht nicht zu umfangreichen Ermittlungen verpflichtet ist und ein Prozeßverlust droht, wenn sie dieser Mitwirkungspflicht nicht mit genügender Sorgfalt nachkommen (1). Die Unterschiede zwischen der subjektiven Beweislast im Zivilprozeß und der Darlegungs- und Behauptungslast in Wohnungseigentumssachen sind daher nicht derart gravierend. Dies gilt um so mehr, als das Gericht seinerseits im Zivilprozeß mit Ausnahme des Zeugen**beweises** sämtliche anderen Beweismittel ohne Beweisantritt heranziehen kann und im Rahmen des § 139 ZPO auf unterbliebene Beweisantritte hinweisen wird. Gegebenenfalls wird das Gericht entsprechende Aufforderungen an die beweisführungsbelastete Partei erlassen (2). Die subjektive Beweislast gilt also auch im Zivilprozeß nur noch abgeschwächt.

In Wohnungseigentumssachen bleibt es aber dabei, daß eine subjektive Beweislast analog § 282 Abs.1 ZPO abzulehnen ist. Eine formelle Entscheidung des Gerichts nur auf Grund der subjektiven Beweislast eines Verfahrensbeteiligten ist unzulässig.

1) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.23

2) Vgl. auch Redeker, NJW 66, 1777 für den Verwaltungsprozeß

3) Richterliche Hinweispflicht analog § 139 ZPO

Es wurde bereits oben dargelegt, daß die herrschende Meinung § 139 ZPO insoweit analog anwendet, als es um die richterliche Hinweispflicht zur Stellung sachdienlicher Anträge der Verfahrensbeteiligten geht, da diese Hinweispflicht nicht von der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts gemäß § 12 FGG umfaßt wird. Ob § 139 ZPO darüber hinaus analog anzuwenden ist, ob also beispielsweise das Gericht verpflichtet ist, auf die Ergänzung ungenügender tatsächlicher Angaben durch die Beteiligten hinzuwirken, ist umstritten.

Das Problem der richterlichen Hinweispflicht stellt sich in zwei verschiedenen Fragen dar, ob nämlich überhaupt eine derartige Pflicht des Gerichts in Wohnungseigentumssachen besteht und, wenn ja, ob diese Pflicht entsprechend § 139 ZPO besteht oder aus § 12 FGG herzuleiten ist.

Die ganz herrschende Meinung hält allgemein in der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der Wohnungseigentumssachen und der anderen echten Streitverfahren eine umfassende richterliche Hinweispflicht für gegeben (1). Anderer Ansicht scheint nur Grunsky (2) unter Berufung auf Baur (3)

1) Jansen, § 12, Rdn.7; Habscheid, § 19 II 2 ;
Bärmann, § 15 III 1,2a; Kuchinke, JuS 67,
295 ff

2) Grunsky, § 19 IV; denkbar ist, daß Grunskys Ausführungen nur für Verfahren mit rein durchgeführter Untersuchungsmaxime gelten sollen und echte Streitverfahren nicht miteinbezogen sind. Dies würde allerdings dem sonstigen Aufbau seines Buches widersprechen.

3) Baur, in Rechtschutz im Sozialrecht 65, S.35 ff

zu sein. Grunsky begründet seine abweichende Auffassung damit, daß das Gericht bei Geltung der Untersuchungsmaxime unabhängig davon zur eigenen Sachverhaltserforschung verpflichtet sei, ob die Beteiligten Behauptungen aufstellen und Beweise anbieten. Dann könne aber auch keine Verpflichtung des Gerichts gegeben sein, auf Parteibehauptungen hinzuwirken.

Diese Ansicht ist zumindest für Wohnungseigentumssachen nicht überzeugend. Grunsky erörtert in diesem Zusammenhang nicht, daß trotz grundsätzlicher Geltung der Untersuchungsmaxime umfassende Darlegungs- und Förderungspflichten der Beteiligten in den Wohnungseigentumssachen wie in allen echten Streitverfahren bestehen, deren schuldhaftes Nichtbeachten unter Umständen den Prozeßverlust bedeuten kann.⁽¹⁾ Besteht aber in Wohnungseigentumssachen eine derartige Darlegungsbeziehungsweise Behauptungslast, so ist, wie auch im Zivilprozeß, eine generelle Fürsorge- und Unterstützungspflicht des Gerichts für die Beteiligten in Gestalt einer richterlichen Hinweispflicht notwendig.

Im Verwaltungsprozeß besteht ebenfalls trotz geltender Untersuchungsmaxime eine umfangreiche Hinweispflicht des Gerichts gemäß § 86 VwGO, der seinem Inhalt nach § 139 ZPO entspricht.

Fraglich und umstritten ist die richterliche Hinweispflicht auch bezüglich ihrer rechtlichen Einordnung. Habscheid ⁽²⁾ hält in allen echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigen-

1) Bärman-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.23;
Bärman, § 15 III 2 a

2) Habscheid, § 19 II 2

tumssachen § 12 FGG für einschlägig und daher eine Herleitung aus § 139 ZPO für überflüssig.

Keidel (1), Jansen (2) und speziell für Wohnungseigentumssachen Merle (3) und Bärmann (4) befürworten dagegen eine analoge Anwendung des § 139 ZPO.

Die Rechtsprechung bejaht nur generell eine Hinweispflicht des Gerichts, läßt aber nicht erkennen, ob sie diese direkt aus § 12 FGG oder aus § 139 ZPO analog herleitet (5).

Der herrschenden Meinung des Schrifttums, die eine analoge Anwendung des § 139 ZPO für notwendig hält, ist für Wohnungseigentumssachen zu folgen. § 12 FGG statuiert nämlich nur die Verantwortlichkeit des Gerichts für die Tatsachenaufklärung. Die starken Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten in Wohnungseigentumssachen bedeuten gerade eine Durchbrechung beziehungsweise Abschwächung dieses Prinzips der alleinigen Verantwortlichkeit des Gerichts. Wenn das Gericht nun die Beteiligten bei dieser ihrer Mitwirkungspflicht zu unterstützen hat, so heißt dies nicht, daß die Verantwortlichkeit für die Sachaufklärung wieder nur dem Gericht obliegt und es selbst alle Tatsachen ermitteln muß. Der Richter muß vielmehr nur darauf hinwirken und die Beteiligten darauf hinweisen, daß sie beispielsweise durch weitere Angaben ihrer Mitwirkungspflicht nach-

1) Keidel, § 12, Rdn.13

2) Jansen, § 12, Rdn.7

3) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.13

4) Bärmann, § 50 IV 3a u. 15 III 1

5) BGH, MDR 53, 285; KG, DNotZ 55, 408;
OLG Hamburg, NJW 60, 870

kommen. Die richterliche Hinweispflicht analog § 139 ZPO geht auch über § 12 FGG hinaus, da sie nicht nur die Tatsachenaufklärung betrifft, sondern auch die Erörterung auf der rechtlichen Ebene umfaßt.

Die hier bejahte richterliche Hinweispflicht analog § 139 ZPO ist als eine umfassende Fürsorgepflicht des Gerichts anzusehen, die unabhängig von der Geltung der Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime besteht. So hält auch die Verwaltungsgerichtsordnung die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts, die in § 86 Abs.1 VwGO geregelt ist, und die richterliche Hinweispflicht in Absatz 3 dieser Vorschrift scharf voneinander getrennt.

Bei der richterlichen Hinweispflicht handelt es sich also um einen allgemeinen prozessualen Rechtsgrundsatz, der in § 139 ZPO und § 86 Abs.3 VwGO lediglich seinen Niederschlag gefunden hat. Wegen der Nähe der Wohnungseigentumssachen zu den Rechtsstreitigkeiten nach der Zivilprozeßordnung sollte man daher von einer richterlichen Hinweispflicht analog § 139 ZPO sprechen.

4) Vollständigkeitspflicht und Wahrheitspflicht
analog § 138 Abs.1 ZPO

a) Wahrheitspflicht

Der Zivilprozeß bestimmt in § 138 Abs.1 ZPO die Wahrheitspflicht der Parteien. Diese Vorschrift wurde erst durch die Novelle vom 27.10.1933 in den Zivilprozeß eingeführt (1).

1) RGB1 I, 780

Über den Umfang und die Bedeutung dieser Wahrheitspflicht besteht bereits für den Zivilprozeß keine Einigkeit. Zwar entspricht es einhelliger Auffassung, daß hierunter grundsätzlich die Pflicht der Parteien zur subjektiven Wahrheit im Gegensatz zur objektiven Wahrheit zu verstehen ist (1). Umstritten ist aber, ob eine Partei alle die ihr günstigen Umstände vorbringen muß und ob sie die Unwahrheit zu ihrem eigenen Nachteil nicht vortragen darf.

Eine Mindermeinung (2) folgert dies aus der Wahrheitspflicht und engt damit im Ergebnis die Verhandlungsmaxime für den Zivilprozeß erheblich ein.

Die herrschende Meinung (3) sieht dagegen in § 138 Abs.1 ZPO nur die Pflicht, den Prozeßgegner nicht durch als unwahr erkannte Tatsachenbehauptungen zu schädigen, läßt somit unwahre Tatsachenbehauptungen zum eigenen Nachteil zu.

Für die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist es völlig unstreitig, daß den Beteiligten eine Wahrheitspflicht analog § 138 Abs.1 ZPO obliegt, da es sich hierbei um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt, der unabhängig von der Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime gilt (4).

1) Vgl. Jauernig, § 25 VIII 2; Grunsky, § 19 V 1 m.w.N.

2) Bernhardt, § 23 III; wohl auch Baumbach-Lauterbach, § 138, Anm.1 D

3) Jauernig, § 25 VIII 3; Henckel, S.146; Grunsky, § 19 V 1; Stein-Jonas-Pohle, § 138 I 1 d; Blomeyer, § 30 VII 1 c

4) BayObLGZ 51, 641, 647; 71, 217; Habscheid, § 19 IV 3; Jansen, § 12, Rdn.4; Keidel, § 12, Rdn.28; Bärmann, § 17 II 1

Für Wohnungseigentumssachen ist die Wahrheitspflicht der Beteiligten analog § 138 Abs.1 ZPO ebenfalls zu bejahen, da Gründe für eine abweichende Behandlung nicht gegeben sind.

Fraglich ist hier nur, ob nicht wegen des privatrechtlichen Charakters dieses Verfahrens die gleichen Einschränkungen der Wahrheitspflicht bestehen wie im Zivilprozeß, das heißt ob die Beteiligten zum eigenen Nachteil von der Wahrheitspflicht abweichen dürfen. Dies könnte im Hinblick auf die Bindungswirkung der richterlichen Entscheidung unter allen Beteiligten gemäß § 45 Abs.2 WEG von Bedeutung sein.

Da § 138 Abs.1 ZPO als Verbot der Schädigung des prozessualen Gegners aufzufassen ist, scheidet diese zivilprozessuale Einschränkung der Wahrheitspflicht immer dann aus, wenn ein Verfahrensbeteiligter nach materiellem Recht nicht allein Verfügungsbefugt ist und damit auch kein wirksames Anerkenntnis oder Verzicht abgeben kann. In diesem Fall würde die Unwahrheit zum eigenen Nachteil nämlich andere Mitverfügungsbefugte schädigen. Ist der Beteiligte aber nach materiellem Recht allein Verfügungsbefugt, so besteht kein Grund, nicht die gleichen Grundsätze wie im Zivilprozeß gelten zu lassen. Die Amtsaufklärungspflicht, die dem entgegenstehen könnte, hat dann zu Gunsten der prozessualen Dispositionsbefugnis zurückzutreten. Ein öffentliches Interesse an einer über den Willen des Verfügungsberechtigten hinausgehenden Untersuchung besteht in Wohnungseigentumssachen nicht. Die Interessenlage gleicht insoweit der im Zivilprozeß. Dies entspricht auch der Wertung, die in der starken Betonung der prozessualen Darlegungs- und Förderungspflicht

der Beteiligten in Wohnungseigentumssachen liegt, nämlich einer erheblichen Eigen- beziehungsweise Mitverantwortung für die eigenen Interessen. Danach braucht das Gericht von sich aus keine umfangreichen Ermittlungen anzustellen, wenn die Beteiligten ihrer Förderungspflicht im Rahmen ihrer Möglichkeiten nicht nachkommen (1).

b) Vollständigkeitspflicht

Weniger Einigkeit besteht bei der Behandlung der Vollständigkeitspflicht analog § 138 Abs.1 ZPO. Die Differenzen beruhen hauptsächlich darauf, daß die Vollständigkeitspflicht schon für den Zivilprozeß unterschiedlich interpretiert wird und es daher bei der Übernahme in die freiwillige Gerichtsbarkeit zu verschiedenen Antworten kommt.

Wie auch die Wahrheitspflicht wird nämlich die Vollständigkeitspflicht nach einer Mindermeinung sehr weitreichend ausgelegt (2). Danach muß die Partei das gesamte entscheidungserhebliche Tatsachenmaterial ohne Rücksicht auf die Beweislast dem Gericht darlegen. Eine Vollständigkeitspflicht in diesem Sinne wird für die freiwillige Gerichtsbarkeit abgelehnt (3). Nach dieser Ansicht würde eine derart umfassende Pflicht der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts widersprechen.

Die überwiegende Meinung sieht dagegen im Bereich des Zivilprozesses die Vollständigkeitspflicht nur als einen Teil der Wahrheitspflicht an (4). Sie beinhaltet nur die Pflicht, den eigenen

1) BGHZ 16, 378, 383

2) Bernhardt, § 23 III; Bärmann, § 15 III 2a u. § 17 II a.

3) Bärmann, § 15 III 2a u. § 17 II 2; Habscheid, § 19 IV 4

4) Grunsky, § 19 V 2; Jauernig, § 26 IV

Tatsachenvortrag durch bewußtes Verschweigen maßgeblicher Tatsachen nicht subjektiv unwahr zu machen, also nicht zu verfälschen.

Bei einer derartigen Auslegung der Vollständigkeitspflicht bestehen keine Bedenken, diesen in § 138 Abs.1 ZPO niedergelegten Grundsatz auch in Wohnungseigentumssachen anzuwenden. Als Unterfall der Wahrheitspflicht handelt es sich um den allgemeinen Rechtsgedanken der fairen Prozeßführung und des Verbots, den prozessualen Gegner durch Verfälschung der Tatsachen zu schädigen.

In diesem Sinn wird die analoge Anwendung der Vollständigkeitspflicht gemäß § 138 Abs.1 ZPO für alle echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentumssachen einhellig bejaht (1).

Als Ergebnis läßt sich daher festhalten, daß die in § 138 Abs.1 ZPO statuierte Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien in dem Umfang, wie sie von der herrschenden Meinung für den Zivilprozeß ausgelegt wird, auf die Beteiligten in Wohnungseigentumssachen ihre analoge Anwendung findet. Kann ein Beteiligter allerdings nach materiellem Recht nicht über den Verfahrensgegenstand verfügen, so darf er auch nicht zum eigenen Nachteil von der Wahrheitspflicht abweichen, da andernfalls wegen der Rechtskrafterstreckung gemäß § 45 Abs.2 WEG andere Mitverfügungsberechtigte geschädigt würden.

1) Jansen, § 12, Rdn.4; Grunsky, § 19 V; auch Habscheid, § 19 IV 3, 4 tritt einer derart begrenzten Vollständigkeitspflicht nicht entgegen.

5) Geständnis analog § 288 ZPO

Ein gerichtliches Geständnis ist die einseitige Erklärung einer Partei an das Gericht, eine vom Gegner behauptete Tatsache sei wahr (1). Die rechtliche Folge eines derartigen Geständnisses im Zivilprozeß ist, daß die zugestandene Tatsache für das Gericht gemäß § 288 ZPO bindend ist, also keines Beweises mehr bedarf. Der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses ist nur im Rahmen des § 290 ZPO zulässig, das heißt beim Nachweis, daß es nicht der Wahrheit entspricht und durch einen Irrtum veranlaßt worden ist (2).

Ob ein gerichtliches Geständnis mit der Bindungswirkung des § 288 ZPO in Wohnungseigentums-sachen statthaft ist, ist umstritten.

Die Rechtsprechung (3) und die ganz überwiegen-de Meinung des Schrifttums (4) sprechen sich gegen ein das Gericht bindendes Geständnis in

-
- 1) Definition v. Baumbach-Lauterbach, Einf.v. §§ 288-290, Anm.1
 - 2) Vgl.BGHZ 37, 155 f; ablehnend Bernhardt, JZ 63, 244 ff, der auch ein bewußt unwahres Geständnis für widerruflich hält.
 - 3) BayObLG, FamRZ 62, 474; vgl.auch BayObLGZ 71, 217 zu § 138 III ZPO
 - 4) Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.68 u. § 12, Rdn.31; Keidel, § 12, Rdn.28; Bumiller-Winkler, § 12, Anm.7 b; Bärmann, § 15 III 2 a; Habscheid, § 19 II 1 u. § 21 I 2; ablehnend wohl auch Kollhoser, S.135: "Eine Regelung in dem Sinn, daß das Gericht für bestimmte Sachbereiche generell nicht über das Beteiligtenvorbringen hinausgehen darf, also daran gebunden ist, kommt auch für die echten Streitverfahren nicht in Betracht."

den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus. Die Unanwendbarkeit des § 288 ZPO analog wird ausdrücklich auch auf alle echten Streitverfahren bezogen.

Speziell für Wohnungseigentumssachen wenden sich Bärmann-Merle gegen eine analoge Anwendung des § 288 ZPO (1).

Begründet wird diese ablehnende Haltung mit der Geltung der Untersuchungsmaxime gemäß § 12 FGG; das Gericht habe seine Überzeugung unabhängig vom Verhalten der Beteiligten zu bilden (2), den Beteiligten sei es verwehrt, durch übereinstimmendes Verhalten im Verfahren das Gericht zu binden und eine Entscheidung bestimmten Inhalts zu erwirken (3).

Damit ist nach dieser Ansicht ein Geständnis allerdings nicht bedeutungslos, sondern es unterliegt vielmehr der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Die zugestandene Tatsache bleibt also noch beweisbedürftig.

Die Bindungswirkung eines gerichtlichen Geständnisses analog § 288 ZPO wird von der herrschenden Meinung für den Verwaltungsprozeß ebenfalls abgelehnt. Hier soll das gerichtliche Geständnis im Wege der Beweiswürdigung gemäß § 108 Abs.1 VwGO auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen sein (4).

1) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.25

2) Habscheid, § 21 I

3) Jansen, § 12, Rdn.30, der dieses Verbot nicht nur auf die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen, sondern auf das gesamte streitige Rechtsverhältnis bezieht.

4) BVerwG, JZ 72, 119; Kopp, § 86, Anm.4; Redeker-v.Oertzen, § 86, Anm.6; Eyermann-Fröhler, § 86, Anm.2; Ule, § 42; Lüke, JuS 61, 45

Wenngleich eine Bindungswirkung gemäß § 288 ZPO verneint wird, so wird doch in den echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem gerichtlichen Geständnis eine verstärkte Bedeutung zugemessen. Aus der Tatsache, daß es hier um subjektive private Rechte der Beteiligten geht, wird nämlich gefolgert, daß bei einem derartigen Geständnis in der Regel eine Beweisaufnahme überflüssig ist, wenn keine sonstigen Anzeichen dagegen sprechen (1).

Eine Mindermeinung will in den echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem gerichtlichen Geständnis eines Beteiligten eine Bindungswirkung analog § 288 ZPO wie im Zivilprozeß zulegen. So betont Baur (2) ausdrücklich, daß ein Geständnis in der streitigen freiwilligen Gerichtsbarkeit die Rechtsfolgen des § 288 ZPO habe. Dies ergebe sich aus dem Sinnzusammenhang der gesetzlichen Vorschriften über die mündliche Verhandlung, dem Hinwirken auf eine gütliche Einigung und dem zu protokollierenden Vergleich als Vollstreckungstitel im Sinne der ZPO, was mittelbar auf eine Dispositionsbefugnis der Beteiligten auch über den Prozeßstoff hindeute (3). Auch Grunsky (4) hält in gewissen Grenzen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie im Verwaltungsprozeß ein Geständnis mit der

1) Habscheid, § 21 I 2

2) Baur, § 18 III 2 b bb

3) Vgl. Schlosser, Einverständl. Parteihandeln, S. 23 f, der allgemein eine die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts ausschließende Dispositionsmöglichkeit der Beteiligten bejaht.

4) Grunsky, § 20 I, der sich allerdings in Anm. 22 zu Unrecht auf Habscheid § 19 II 1 beruft; dort wird ein Geständnis analog § 288 ZPO auch für echte Streitverfahren abgelehnt,

Wirkung des § 288 ZPO für zulässig. Die Grenzen ergeben sich nach Grunskys Ansicht aus der Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht; wo die Beteiligten über das streitbefangene Recht verfügen könnten, sei ein Geständnis für das Gericht bindend.

Die vorliegende Arbeit hat für das Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz ergeben, daß neben dem bereits in den §§ 44 Abs.2 und 45 Abs.3 WEG für zulässig erklärten Vergleich auch Anerkenntnis und Verzicht analog den §§ 306, 307 ZPO als Dispositionsmöglichkeiten der Verfahrenseteiligten auf der rechtlichen Ebene grundsätzlich zulässig sind. Es wurde weiter nachgewiesen, daß § 12 FGG mit der dort angeordneten Untersuchungsmaxime zu Gunsten der Verhandlungsmaxime eingeschränkt werden kann. Ein öffentliches Interesse am Ausgang der Wohnungseigentumsverfahren besteht in keinem größeren Maße als im Zivilprozeß. Die Anordnung der Untersuchungsmaxime dient unter anderem dem Zweck, daß den Beteiligten, die nach dem Willen des Gesetzgebers auch ohne anwaltliche Vertretung ihre Rechte wahrnehmen können sollen, eine umfangreichere Hilfestellung als im Zivilprozeß vom Gericht gewährt werden kann. Das Gericht soll dann nicht an das Vorbringen und insbesondere an einen nicht ausreichenden Sachvortrag der Beteiligten gebunden sein, wenn diese nicht in der Lage sind, für einen ausreichenden Tatsachenvortrag zu sorgen. § 12 FGG soll unter anderem verhindern, daß nur auf Grund der formellen Beweislast das Gericht eine Entscheidung zu fällen hat.

Gesteht aber ein Verfahrensbeteiligter einen Tatsachenvortrag der Gegenseite als wahr zu, so besteht insoweit kein Grund, zusätzliche Hilfestellung zu gewähren. Die Notwendigkeit einer Rechtsfürsorge ist dann nicht gegeben. Die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts soll den Beteiligten bei nicht schuldhaftem Unterlassen der eigenen Tatsachenaufklärung helfen, das Gericht soll sich aber nicht mit Hilfe der Untersuchungsmaxime über den Willen der Beteiligten hinwegsetzen können (1).

Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb das Gericht nicht durch den Willen der Beteiligten auf der Tatsachenebene gebunden werden darf, während auf der rechtlichen Ebene eine Disposition durch Anerkenntnis, Verzicht oder Vergleich zulässig ist. Hierin läge ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch. Es ist insbesondere nicht verständlich, wenn teilweise behauptet wird, eine Bindung des Gerichts an den Tatsachenvortrag der Beteiligten könne bei unwahrem Sachverhalt zu einer für das Gericht unwürdigen Lage führen und sei mit der Würde des Gerichts nicht vereinbar (2), während beim Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil oder Vergleich in dieser Richtung keine Bedenken geltend gemacht werden. Die Gründe, die für diese unterschiedliche Behandlung angeführt werden, daß nämlich das Gericht im ersten Fall sachlich entscheide, im zweiten Fall dagegen ohne Sachprüfung ein Urteil erlasse, sind

1) Vgl. Schlosser, Einverständl. Parteihandeln, S. 23 f

2) Bernhardt, § 23 III 4 ; A.Schmidt, JZ 56, 559 ff

rein formeller Natur. In beiden Fällen ergeht ein vollstreckungsfähiger gerichtlicher Titel. Ob der Titel durch eine Disposition auf tatsächlicher Ebene oder auf rechtlicher Ebene erwirkt wird, sollte für die Würde des Gerichts keine Rolle spielen; in beiden Fällen kann der Titel der " wahren " Rechtslage widersprechen.

Bedenken gegen eine Bindungswirkung des Geständnisses analog § 288 ZPO ergeben sich noch daraus, daß in Wohnungseigentumssachen häufig sämtliche Wohnungseigentümer als materiell und formell Beteiligte des Verfahrens durch die gerichtliche Entscheidung betroffen sind. Das Problem der Rechtskrafterstreckung und der dadurch bedingten Grenzen eines das Gericht bindenden Geständnisses ergab sich bereits bei der Erörterung der analogen Anwendung von Verzicht und Anerkenntnis gemäß den §§ 306, 307 Abs.1 ZPO. Bereits dort wurde im Hinblick auf die Rechtskrafterstreckung der gerichtlichen Entscheidung gemäß § 45 Abs.2 WEG auf alle materiell Beteiligte das Erfordernis der Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht hervorgehoben.

Bei der Disposition auf der tatsächlichen Ebene durch ein das Gericht bindendes Geständnis muß als Voraussetzung für die Bindungswirkung analog § 288 ZPO ebenfalls die alleinige Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht über den Verfahrensgegenstand gefordert werden. Andern-

falls könnten andere materiell Verfahrensbeteiligte und Mitverfügungsbefugte durch ein bindendes unwahres Geständnis geschädigt werden.

Diese Einschränkungen bedeuten aber keine Besonderheit der Streitigkeiten nach dem Wohnungseigentumsgesetz. Die gleiche Interessen- und Rechtslage besteht nämlich auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft gemäß § 62 ZPO im Zivilprozeß. Hier scheidet ebenfalls die das Gericht bindende Wirkung des Geständnisses gemäß § 288 ZPO aus, und es ist lediglich im Rahmen der freien Beweiswürdigung vom Gericht als Indiz zu werten (1).

Insoweit bestehen dann im Grundsatz zwischen Wohnungseigentumsstreitigkeiten und Streitigkeiten im Zivilprozeß keine Unterschiede. Nur wird rein quantitativ die Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht in Wohnungseigentums-sachen dem einzelnen Verfahrensbeteiligten häufiger fehlen, da der jeweilige Verfahrensgegenstand oft mehrere oder alle Wohnungseigentümer betreffen wird.

Bei voller Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht ist somit ein gerichtliches Geständnis analog § 288 ZPO für das Gericht bindend.

1) Baumbach-Lauterbach, § 62, Anm. 4 A c;
Jauernig, § 82 IV 3; Grunsky, § 29 II 1 c m.w.N.

6) Nichtbestreiten analog § 138 Abs.3 ZPO

Im Zivilprozeß entfällt die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache, wenn der Prozeßgegner sie nicht bestreitet, § 138 Abs.3 ZPO. Das Nichtbestreiten ähnelt somit in seiner Wirkung dem Geständnis. Dennoch sind beide scharf voneinander zu trennen, da die Widerrufsmöglichkeiten unterschiedlich sind. Das Geständnis kann nur im Rahmen des § 290 ZPO, also bei irrtümlicher Unwahrheit des Geständnisses, zurückgenommen werden, während beim Nichtbestreiten die Partei noch jederzeit bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung zum Bestreiten übergehen kann (1).

Die herrschende Meinung lehnt die Anwendbarkeit der zivilprozessualen Grundsätze über das Nichtbestreiten für Wohnungseigentumssachen wie für alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der echten Streitverfahren ab (2). Dies ist insoweit konsequent, als die herrschende Meinung auch eine das Gericht bindende Wirkung des Geständnisses analog § 288 ZPO verneint. Läßt schon ein ausdrückliches Geständnis nicht die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache entfallen, so kann dies beim Nichtbestreiten nicht anders sein.

Baur (3) und Grunsky (4) wollen dagegen in allen echten privatrechtlichen Streitverfahren

1) Vgl. Jauernig, § 44 V

2) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.25 i.V.m. § 15 III 2 a;
Jansen, Vorb.v.§§ 8-18, Rdn.68 u.§ 12, Rdn.31;
BayObLG, FamRZ 62, 474; BayObLGZ 71, 217

3) Baur, § 18 III 2 b bb

4) Grunsky, § 20 II

der freiwilligen Gerichtsbarkeit die analoge Anwendung des § 138 Abs.3 ZPO im gleichen Umfang wie § 288 ZPO für das Geständnis zulassen.

In der vorliegenden Arbeit wurde die Bindungswirkung des Geständnisses analog § 288 ZPO für Wohnungseigentumssachen bejaht, soweit eine Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht besteht. Fraglich ist nun, ob sich aus den dortigen Argumenten zwangsläufig die analoge Anwendbarkeit des § 138 Abs.3 ZPO ergibt. Bedenken sind darin zu sehen, daß das Geständnis immerhin eine Disposition durch "positives Handeln" darstellt, während das Nichtbestreiten eher als ein "Unterlassen" aufgefaßt werden könnte; die Richtigkeit der nichtbestrittenen Tatsache wird fingiert (1). Die Amtsaufklärungspflicht gemäß § 12 FGG soll aber gerade die Beteiligten unterstützen und nur dann zurücktreten, wenn auf Grund einer Disposition auf tatsächlicher Ebene hierfür kein Bedürfnis besteht. Dies könnte einerseits dafür sprechen, bei Nichtbestreiten einer Tatsache deren Beweisbedürftigkeit nicht entfallen zu lassen, da § 138 Abs.3 ZPO lediglich die Fiktion des Zugeständnisses aufstellt.

Andererseits knüpft diese Fiktion aber doch an ein bestimmtes Verhalten eines Verfahrens Beteiligten an. Das reine Schweigen eines Beteiligten auf das Vorbringen des Prozeßgegners bedeutet noch nicht ein Nichtbestreiten im Sinne des § 138 Abs.1 ZPO. Aus dem gesamten Vorbringen

1) Stein-Jonas-Pohle, § 138 II 3

und Verhalten eines Beteiligten muß sich vielmehr unzweideutig ergeben, daß tatsächlich das gegnerische Vorbringen nicht bestritten werden soll. Für das Gericht darf insoweit kein Zweifel bestehen, und es hat sich hierüber mit den Möglichkeiten des § 139 ZPO analog Sicherheit zu verschaffen. Verbleiben noch Zweifel, so sind die Tatsachen vom Gericht noch als streitig zu behandeln (1).

Da somit doch der Wille des Verfahrensbeitrags zum Nichtbestreiten im Vordergrund steht und für die Fiktion des § 138 Abs.3 ZPO entscheidend ist, läßt sich von einer willentlichen und damit " positiven " Disposition über den Tatsachenstoff sprechen.

Unter Berücksichtigung der prozessualen Förderungspflicht und Darlegungslast in Wohnungseigentumssachen, nach der die Beteiligten soweit wie möglich ihre subjektiven privaten Rechte wahrzunehmen haben, besteht dann kein Bedürfnis an einer weitergehenden Amtsaufklärung durch das Gericht.

Für die Anwendung des § 138 Abs.3 ZPO analog ist wie bei einem das Gericht bindenden Geständnis Voraussetzung, daß der Nichtbestreitende nach materiellem Recht über das im Streit befangene Recht verfügen kann.

Bei materiellrechtlicher Verfügungsbefugnis ist daher § 138 Abs.3 ZPO in Wohnungseigentumssachen analog anwendbar.

1) Sattelmacher-Sirp, S.229

7) Versäumnisverfahren gegen den Antragsteller
analog § 330 ZPO

Die Erörterung des Versäumnisverfahrens gegen den Antragsteller analog § 330 ZPO innerhalb dieses Abschnitts " Untersuchungsmaxime " wirft die Frage auf, ob die Zulässigkeit eines Versäumnisverfahrens gegen den Antragsteller überhaupt durch die Verfahrensgrundsätze Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime berührt wird.

Nach einer verbreiteten Meinung wird allerdings die Untersuchungsmaxime als ein dem Versäumnisverfahren entgegenstehender Verfahrensgrundsatz angesehen und die Zulässigkeit eines Versäumnisverfahrens gegen den Antragsteller analog § 330 ZPO für Wohnungseigentumssachen (1) und alle anderen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2) verneint.

Diese Ansicht berücksichtigt aber nicht, daß eine Versäumnisentscheidung gegen den Kläger beziehungsweise Antragsteller nicht auf Grund der Fiktion erlassen wird, daß das tatsächliche Vorbringen des prozessualen Gegners als zugestanden gilt. Im Gegensatz zum Säumnisverfahren gegen einen Beklagten findet nämlich eine Schlüssigkeitsprüfung des Tatsachenvortrags nicht statt; die Säumnis wird als Verzicht des Klägers angesehen (3).

1) Bärmann-Merle, Vorb.v.§ 43, Rz.25

2) OLG Hamm, RdL 60, 102; Keidel, § 12, Rdn.111; Jansen, § 12, Rdn.32; Habscheid, § 7 III 2; Bärmann, § 15 II,III u. § 4 II 3; ders., AcP 154, 374,398

3) Schöнке-Kuchinke, S.243

Diese Fiktion ist also auf der rechtlichen und nicht auf der tatsächlichen Ebene angesiedelt. Dann ist die Zulässigkeit einer Versäumnisentscheidung gegen den Kläger beziehungsweise Antragsteller unabhängig von der Geltung der Untersuchungs- oder Verhandlungsmaxime. Wie der Verzicht ist das Versäumnisurteil gegen den Antragsteller auf die Geltung der Dispositionsmaxime zurückzuführen (1) (2).

Die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts gemäß § 12 FGG steht somit einer Versäumnisentscheidung gegen den Antragsteller in Wohnungseigentumssachen grundsätzlich nicht entgegen. Die Dispositionsmaxime gilt aber in Wohnungseigentumssachen wie im Zivilprozeß.

Dennoch wird eine Versäumnisentscheidung analog § 330 ZPO gegen den Antragsteller auch von denen abgelehnt, die eine derartige Entscheidung dem Bereich der Dispositionsmaxime zuordnen. Jansen (3) vertritt die Ansicht, daß es den Verfahrensgrundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der echten Streitverfahren widerspreche, daß das Gericht Sachentscheidungen ohne Sachprüfung erlassen müsse.

-
- 1) Grunsky, § 21 I, III; Jansen, § 12, Rdn.32; Lüke, JuS 61, 46; Schröder, JuS 61, 50; Baumgärtel, ZZP 73, 387, 403
 - 2) Wegen der Übersichtlichkeit der Darstellung erfolgt diese Untersuchung im Abschnitt "Untersuchungsmaxime" vor dem Kapitel "Versäumnisverfahren gegen den Antragsgegner".
 - 3) Jansen, § 12, Rdn.32

Dies ist aus seiner Sicht insofern konsequent, als Jansen die rechtlichen Dispositionen durch Verzicht und Anerkenntnis analog den §§ 306, 307 Abs.1 ZPO entgegen der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung für unzulässig hält.

Auch Baur, der im übrigen eine weite Analogie zivilprozessualer Vorschriften - §§ 306, 307 Abs.1, 288, 138 Abs.3 ZPO analog - für alle echten Streitverfahren einschließlich der Wohnungseigentums-sachen bejaht, hält ein Versäumnisverfahren für ausgeschlossen; um eine solche nachteilige Wirkung für einen Beteiligten herbeizuführen, sei eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift erforderlich (1).

Nur Grunsky spricht sich für ein Versäumnisverfahren gegen den Antragsteller in den echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus (2). Die Grenzen dieser Analogie liegen nach seiner Ansicht wiederum in der Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht. Soweit ein Verzicht analog § 306 ZPO zulässig sei, sei ein Versäumnisverfahren analog § 330 ZPO gegen den Antragsteller ebenfalls möglich.

In Wohnungseigentumssachen ist ein Versäumnisverfahren gegen den Antragsteller dogmatisch nicht völlig ausgeschlossen, da auch hier die Dispositionsmaxime gilt. Das Argument Baur's, daß ein Versäumnisverfahren gesetzlich bestimmt sein müßte, ist nicht ganz überzeugend.

1) Baur, § 18 III 2 b bb

2) Grunsky, § 21 I

Schließlich findet sich für die von Baur zugelassene Analogie des § 138 Abs.3 ZPO ebenfalls keine unmittelbare gesetzliche Grundlage in den echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Andererseits könnte man aus der gesetzlichen Anordnung der Säumnisfolgen in Nachlaßauseinandersetzungsverfahren gemäß den §§ 91 Abs.3, 93 Abs.2 FGG folgern, daß in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Säumnisverfahren nicht prinzipiell ausgeschlossen sein soll (1).

Ein anderes Beispiel für eine unter Umständen nachteilige Analogie zivilprozessualer Vorschriften in Wohnungseigentumssachen ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung ist die Frage der Zulässigkeit des Mahnverfahrens. Das LG Heilbronn (2) hat sich wegen der Nähe dieser Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz zum Zivilprozeß für die Anwendbarkeit des Mahnverfahrens ausgesprochen und ist dabei teils auf Zustimmung (3), teils auf Ablehnung gestoßen (4).

Einem Säumnisverfahren gegen den Antragsteller in Wohnungseigentumssachen stehen aber andere starke Bedenken entgegen. Einmal wird es bei den in diesen Verfahren zulässigen formlosen Verfahrensanträgen gerade zu Beginn eines Verfahrens nicht immer eindeutig feststellbar sein, ob über einen Verfahrensgegenstand gestritten wird, über

1) Vgl. Grunsky, § 21 I

2) LG Heilbronn, Justiz 74, 227

3) Vollkommer, Rpfleger 76, 1 ff; Bärmann-Merle, § 43, Rz.28

4) LG Schweinfurt, Rpfleger 76, 20; Stephan, NJW 75, 2059

den der Antragsteller selbständig nach materiellem Recht verfügen kann; denn nur bei einem verzichtbaren Recht wäre überhaupt ein Versäumnisverfahren möglich. Diese Unsicherheit besteht in besonderem Maße, wenn noch keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat.

Zum anderen wurde bisher eine wirksame prozessuale Disposition auf rechtlicher Ebene nur zugelassen, wenn es darum ging, dem Willen des oder der Verfügungsberechtigten Geltung zu verschaffen. Beim Vergleich, Verzicht oder Anerkenntnis wird jeweils durch " positive " Verfahrens- beziehungsweise Prozeßhandlung der Wille, eine derartige Disposition vornehmen zu wollen, eindeutig erkennbar. Das Versäumnisverfahren gegen den Antragsteller beruht dagegen nur auf einer Fiktion; es wird nur unterstellt, daß der Antragsteller auf seinen Anspruch verzichten will. Oft wird ein derartiger Verzichtswille nicht vorhanden sein. Ein formales Kriterium, nämlich die Säumnis, würde damit letztlich einen gemäß § 45 Abs.2 WEG rechtskräftigen Beschluß bewirken. Dies würde aber dem Sinn der Eingliederung der Wohnungseigentumssachen in die freiwillige Gerichtsbarkeit , nämlich ein Verfahren ohne den formalen Zwang des Zivilprozesses zu schaffen, entgegenstehen.

Eine Entscheidung nur auf Grund der Säumnis würde auch der Pflicht des Richters widersprechen, gemäß § 44 Abs.1 WEG auf eine gütliche Einigung hinzuwirken und gemäß § 43 Abs.2 WEG eine billige Entscheidung zu treffen. Bei einem

Anerkenntnis oder Verzicht ist der Rechtsstreit gewissermaßen auch gütlich, das heißt dem Willen der verfügungsbefugten Beteiligten endsparend, beigelegt. Bei einer Säumnisentscheidung dagegen, die nur auf einer Fiktion beruht, läßt sich dies nicht feststellen. Der " Befriedungszweck " würde durch eine reine Säumnisentscheidung nicht erreicht.

Ebenfalls würde eine Bindung des Richters an die Fiktion des § 330 ZPO sein nach § 43 Abs.2 WEG bestehendes Ermessen weiter einschränken, ohne daß dies durch eine gewollte prozessuale Disposition der Beteiligten gerechtfertigt wäre.

Die prozessuale Förderungspflicht der Verfahrensbeteiligten in Gestalt einer Darlegungs- und Behauptungslast zwingt bei Säumnis ebenfalls nicht zu einem automatischen Verfahrensverlust. Das Gericht wird nur befreit, alle denkbaren Ermittlungsmöglichkeiten ausschöpfen zu müssen. Der Antragsteller hat insoweit nur den faktischen Nachteil zu tragen, daß ihm günstige Tatsachen dem Gericht infolge seiner Säumnis eventuell nicht bekannt werden und somit nicht Grundlage der richterlichen Entscheidung sein können. Der Verstoß gegen die prozessuale Förderungspflicht bewirkt aber nicht automatisch den Verlust des Prozesses beziehungsweise Verfahrens.

Zu prüfen bleibt allerdings noch, ob nicht ein Widerspruch darin zu sehen ist, daß § 138 Abs.3 ZPO analog anwendbar ist, ein Säumnisverfahren analog § 330 ZPO gegen den Antragsteller dagegen nicht. Hierbei soll das Argument außer

Betracht bleiben, daß es sich im ersten Fall um ein Problem der Untersuchungsmaxime, also der Tatsachenebene, handelt, während im zweiten Fall die Dispositionsmaxime, also die rechtliche Ebene, berührt wird. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht ist nämlich eine unterschiedliche Behandlung der Dispositionsbefugnis eines Beteiligten im Rahmen seiner materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis auf rechtlicher wie auf tatsächlicher Ebene nicht gerechtfertigt.

Wenn § 138 Abs.3 ZPO auch die ~~Fiktion~~ aufstellt, daß der vom prozessualen Gegner nicht bestrittene Tatsachenvortrag eines Verfahrensbeteiligten als zugestanden gilt, so besteht doch zur Fiktion des § 330 ZPO ein erheblicher Unterschied. § 138 Abs.3 ZPO knüpft an den erkennbaren Willen eines Beteiligten an, eine als wahr vom Prozeßgegner hingestellte Tatsache nicht zu bestreiten; bestehen an diesem Willen, nicht zu bestreiten, irgendwelche Zweifel des Gerichts, muß es weiter aufklären und gegebenenfalls eine Beweisaufnahme durchführen. Das Gericht legt also seiner Entscheidung, ob eine Tatsache beweisbedürftig ist, den erkennbaren Willen der Gegenseite zu Grunde. Anders liegt es beim Versäumnisverfahren; der Wille des säumigen Antragstellers bliebe für die Entscheidung außer Betracht. Die Tatsache der Säumnis führt automatisch zur negativen Entscheidung.

Das Entfallen der Beweisbedürftigkeit einer Tatsache beim Nichtbestreiten analog § 138 Abs.3 ZPO beruht somit letztlich auf dem Willen des

verfügungsbefugten Verfahrensbeteiligten. Ein Säumnisverfahren gegen den Antragsteller analog § 330 ZPO dagegen würde eine reine gesetzliche Fiktion darstellen, die den Willen des Antragstellers unberücksichtigt läßt. Da das Gericht aber nur durch prozessuale Dispositionen in seiner Verfahrensmacht begrenzt werden soll, die dem Willen des nach materiellem Recht Verfügungsberechtigten Geltung verschaffen, ist eine unterschiedliche Antwort auf das Problem der analogen Anwendung dieser beiden zivilprozessualen Vorschriften kein Widerspruch.

Eine analoge Anwendung des § 330 ZPO in Wohnungseigentumssachen ist daher abzulehnen; dies gilt auch, wenn der Antragsteller nach materiellem Recht über den Verfahrensgegenstand verfügen kann.

8) Versäumnisverfahren gegen den Antragsgegner analog § 331 ZPO

Während für den Zivilprozeß streitig ist, ob das Versäumnisurteil gegen den Kläger gemäß § 330 ZPO in den Bereich der Dispositions- oder Verhandlungsmaxime fällt, besteht für das Versäumnisurteil gegen den Beklagten analog § 331 ZPO schon wegen des eindeutigen Wortlauts dieser Vorschrift kein Streit, daß es sich hierbei um eine Auswirkung der Verhandlungsmaxime handelt.

Für Wohnungseigentumssachen (1) und die anderen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2) wird daher aus der Anordnung der Untersuchungsmaxime gemäß § 12 FGG fast einhellig gefolgert, daß ein Versäumnisverfahren gegen einen Antragsgegner analog § 331 ZPO ausscheide.

Anderer Auffassung ist nur Grunsky (3), der in allen echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Versäumnisentscheidungen im Rahmen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des betroffenen grundsätzlich für zulässig erachtet.

Wenngleich bei einer Säumnisentscheidung gegen den Antragsgegner nach richtiger Ansicht die Dispositionsmaxime betroffen ist, so stehen im Bereich der Untersuchungsmaxime einem Säumnisverfahren gegen den Antragsgegner die gleichen Argumente entgegen.

Die vorangegangene Untersuchung hat ergeben, daß in Wohnungseigentumssachen die Verfahrensbeteiligten durch Disposition innerhalb ihrer materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis die Untersuchungsmaxime einschränken können. Da das Entfallen der Beweisbedürftigkeit einer Tatsachenbehauptung auf Grund der Säumnis des prozessualen Gegners gemäß § 331 ZPO nur eine reine gesetzliche Fiktion ist, die nicht den

1) Bärmann-Merle, Vorb.v. § 43, Rz.25

2) OIG Hamm, RdL 60, 102 f; Jansen, § 12, Rdn.31; Keidel, § 12, Rdn.111; Habscheid, § 7 III 2; Bärmann, § 4 II 3 u. § 15 II, III; Baur, § 18 III 2 b bb

3) Grunsky, § 21 I

Willen des Säumigen berücksichtigt, liegt eine gewollte Disposition durch einen Verfahrensbe- teiligten nicht vor. Dann aber wird die Amts- aufklärungspflicht des Gerichts nicht ohne weiteres verdrängt, sondern bleibt im üblichen Rahmen bestehen, das heißt, das Gericht braucht wegen der prozessualen Förderungspflicht der Beteiligten nur bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Tatsachenbehauptungen weitere Ermittlungen zu veranstalten und geeignet er- scheinende Beweise aufzunehmen. Das Gericht muß also die vorgetragenen Tatsachen nicht zwingend seiner Entscheidung als wahr zu Grunde legen. . .

Es würde auch dem Bestreben des Gesetzgebers zuwiderlaufen, ein formloseres Verfahren für Wohnungseigentumssachen zur Verfügung zu stellen, wenn man allein aus dem formalen Argument der Säumnis des Antragsgegners die Beweisbedürftigkeit einer vom Antragsteller vorgetragenen Tatsache automatisch entfallen ließe.

Mit der ganz herrschenden Meinung ist daher in Wohnungseigentumssachen eine analoge Anwendung des Säumnisverfahrens gemäß § 331 ZPO gegen den Antragsgegner abzulehnen.

Zusammenfassung:

Die Erörterung der Untersuchungsmaxime hat ergeben, daß die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts gemäß § 12 FGG nur abgeschwächt zur Geltung kommt.

Den Verfahrensbeteiligten obliegt eine umfangreiche prozessuale Förderungspflicht in Gestalt einer Darlegungs- und Behauptungslast.

Eine subjektive Beweislast beziehungsweise Beweisführungslast im Sinne des § 282 Abs.1 ZPO scheidet dagegen aus.

Die richterliche Hinweispflicht besteht gemäß § 139 ZPO analog auch in Wohnungseigentumssachen.

Die Verfahrensbeteiligten sind wie im Zivilprozeß an die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht analog § 138 Abs.1 ZPO gebunden; zu seinen eigenen Ungunsten kann ein Verfahrensbeteiligter von der Wahrheitspflicht allerdings nur im Rahmen seiner materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis abweichen.

Soweit ein Beteiligter nach materiellem Recht über einen Verfahrensgegenstand verfügen kann, haben sein Geständnis analog § 288 ZPO und sein Nichtbestreiten analog § 138 Abs.3 ZPO für das Gericht bindende Wirkung, so daß die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache insoweit entfällt und die Amtsaufklärungspflicht verdrängt wird.

Versäumnisverfahren gegen den Antragsteller analog § 330 ZPO und gegen den Antragsgegner analog § 331 ZPO sind ausgeschlossen.

III. Ergebnisse der Arbeit

Streitigkeiten in Wohnungseigentumssachen nach § 43 Abs.1 Ziff. 1-4 WEG sind ausnahmslos echte privatrechtliche Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Ähnlichkeit der Wohnungseigentumssachen mit den privatrechtlichen Streitigkeiten nach der Zivilprozeßordnung, insbesondere daß in Wohnungseigentumssachen kein größeres öffentliches Interesse an der Durchführung und dem Ausgang des Verfahrens als im Zivilprozeß besteht, hat ergeben, daß zivilprozessuale Vorschriften häufiger analog anwendbar sind, als Rechtsprechung und Schrifttum dies befürworten (1).

Den Beteiligten soll nach dem Willen des Gesetzgebers ein Verfahren zur Verfügung gestellt werden, in dem sie einfacher als im Zivilprozeß und ohne auch den faktischen Zwang einer anwaltlichen Vertretung ihre Rechte wahrnehmen können. Dem entspricht es, formelle zivilprozessuale Vorschriften wie beispielsweise § 253 ZPO bezüglich des notwendigen Inhalts von Verfahrensanträgen, die subjektive Beweislast gemäß § 282 Abs.1 ZPO und die gesetzliche Fiktion der Säumnis gemäß den §§ 330, 331 ZPO nicht analog anzuwenden und die Beteiligten durch die Amtsaufklärungspflicht gemäß § 12 FGG und die richterliche Hinweispflicht analog § 139 ZPO zu unterstützen.

1) Hinsichtlich der analogen Anwendbarkeit zivilprozessualer Vorschriften im einzelnen wird auf die Zusammenfassungen zu Abschnitt I und II des Zweiten Teils dieser Arbeit verwiesen.

Da in Wohnungseigentumssachen um subjektive private Rechte gestritten wird, ist im Verfahren dem Willen der Beteiligten soweit Geltung zu verschaffen wie andere Beteiligte dadurch nicht benachteiligt werden. Grundsätzlich stehen daher den Verfahrensbeteiligten sowohl auf rechtlicher Ebene über den Verfahrensgegenstand als auch auf tatsächlicher Ebene über den Prozeßstoff fast alle prozessualen Dispositionsmöglichkeiten des Zivilprozesses zu (1).

Die Grenzen derjenigen prozessualen Dispositionsmöglichkeiten, die direkt oder indirekt zur Rechtskraft führen (2), liegen in der entsprechenden Verfügungsbefugnis des disponierenden Beteiligten über den Verfahrensgegenstand nach materiellem Recht. Dies folgt aus der Rechtskrafterstreckung der gerichtlichen Entscheidungen auf alle materiell Beteiligten gemäß § 45 Abs.2 WEG. Diese Grenzen sind keine prinzipielle Besonderheit der Wohnungseigentumssachen, sondern bestehen bei einer vergleichbaren verfahrensrechtlichen Lage, der notwendigen Streitgenossenschaft gemäß § 62 ZPO, auch im Zivilprozeß.

1) Ausgeschlossen sind Gerichtsstandvereinbarungen und Säumnisverfahren.

2) Beispielsweise Verzicht, Anerkenntnis, Geständnis, Nichtbestreiten im Gegensatz zur Antragsrücknahme oder Erledigungserklärung des Rechtsstreits in der Hauptsache

Lebenslauf:

Am 10.3.1950 wurde ich, Hans-Ulrich Sauerland, als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Hans Sauerland und seiner Ehefrau Anneliese, geb. Schröder, in Celle geboren.

Von Ostern 1956 bis Ostern 1960 besuchte ich die katholische Volksschule in Celle, anschließend das humanistische Gymnasium in Celle, an dem ich im Juni 1968 die Reifeprüfung ablegte.

Von 1968 bis 1973 studierte ich Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Am 16.6.1972 heiratete ich meine Ehefrau Marion, geb. Weber, Studienrätin am Gymnasium Durmersheim.

Im Juli 1973 bestand ich vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Freiburg die erste juristische Staatsprüfung.

Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe.

Im Dezember 1975 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Stuttgart die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit 1.9.1977 bin ich Richter beim Amtsgericht Bruchsal und beim Amtsgericht Bretten.

